Die Haftung der Gemeinde

bei Verletzung zwingender Form- und Genehmigungsvorschriften und bei Überschreitung der Zuständigkeit ihrer Organe

J

Dissertation

zur Erlangung des juristischen Doktorgrades
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Vorgelegt von

Wolfgang Grosdidier

Assessor.

Druck: Neumanns Stadtbuchdruckerei, Gleiwitz, Kirchplatz 1

1940

Gedruckt mit Genehmigung der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter: Geheimrat Prof. Dr. Helfritz.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Schrifttum.

Andersen:	Ungültige Verwaltungsakte mit besonderer Berücksichtigung der Ungültigkeitsgründe. Mannheim 1927.
Albermann:	Der Mißbrauch der Vertretungsmacht. Diss. Köln, 1935.
Apelt:	Der verwaltungsrechtliche Vertrag. Leipzig 1920.
Bickenbach:	Haftung für „culpa in contrahendo" des Vertreters nach BGB. Diss. Köln 1934.
Boberski:	Die Stellung des Bürgermeisters nach dem neuen deutschen Gemeinderecht. Diss. Breslau 1938.
Brand:	Das deutsche Beamtengesetz. Berlin 1937.
Brand:	Die Reichsdienststrafordnung. 2. Aufl. Berlin 1938.
Brand:	Verantwortlichkeit und Haftung des Beamten nach Inkrafttreten des Deutschen Beamtengesetzes, in: Ztschr. f. Beamten- u. Behördenangestellten-Recht, 8. Bd., 1937/38 S. 1 u. 53 ff.
Enneccerus-Kipp-Wolff:	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Marburg. I. Bd. (Allg. T.) 12. Bearb. 1928 (von Enneccerus), neu bearb. v. Nipperdey 1931, II. Bd. (Schuldverh.) 11. Bearb. 1930 von Lehmann.
Elleringmann:	Verpflichtungsgeschäft und Verfügung beim Eigentumsübergang an Grundstücken im Spiegel des Gemeindeverfassungsrechts und der gemeindlichen Verwaltungspraxis, in: „Staat und Selbstverwaltung" 1935, S. 441, 489.
Elleringmann:	Praktische Rechtsfragen aus dem neuen Gemeindeverfassungsrecht. RVBl. 1936, S. 826.
Engelhard:	Laufende Verwaltung in R. u. Pr. VBl. 1932, S. 424.
Engfer:	Die rechtsgeschäftliche Vertretung der Gemeinden, in: „Staats- und Selbstverwaltung" 1935, S. 421.
Fleiner:	Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. Tübingen 1928.
Frank:	Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931.
Gierke, v.:	Haftung des Staates und der Gemeinden für Beamte, in: Verhandlungen d. 28. Dtsch. Juristentages, 1. Bd. 1905.
Goetz:	Die Deutsche Gemeindeordnung. 7. Aufl. 1939.
Groll:	Die Vertretung des Bürgermeisters nach der Deutschen Gemeindeordnung. Diss. Würzburg 1938.
Güthe-Triebel:	Grundbuchordnung, 6. Aufl. 1. Bd. 1936.
Häusler:	Die neue rechtliche Stellung des Bürgermeisters in Württemberg. Diss. Tübingen 1936.

Helfritz:	Die Vertretung der Städte und Landgemeinden nach außen in dem Gemeinderecht der östlichen Provinzen Preußens, Berlin 1916.
Hild:	Die Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte der Gemeinde. Diss. Köln 1936.
Höpfner:	Die Vertretung der Gemeinden nach bisherigem und neuem preußischen Recht unter Berücksichtigung der Hauptstadt Berlin. Diss. Erlangen 1935.
Ipsen:	Widerruf gültiger Verwaltungsakte. Hamburg 1932.
Jaeger:	Konkursordnung. 6./7. Aufl. 1931.
Janberg:	Verpflichtung der Gemeinde durch mündliche Erklärungen ihrer Vertretungsorgane, in: Die Landgemeinde, 1936, S. 122.
Janberg:	Bedarf die Vollmacht zu Verpflichtungserklärungen der Gemeinden der Form des § 36 Abs. 2 DGO. in RVBl. 1935, S. 654.
Jansen:	Die „Vertretung der Gemeinden nach außen" und die „Formbedürftigkeit der kommunalen Verpflichtungserklärungen" sind Scheinprobleme. Diss. Köln 1934.
Jansen:	Die Vertretung der Gemeinden nach außen und die kommunalen Verpflichtungserklärungen, in: RVBl. 1935, S. 650.
Jellinek:	Verwaltungsrecht, 3. Aufl. Berlin 1931.
Kerrl-Weidemann:	Die Deutsche Gemeindeordnung. 2. Aufl. Berlin 1937.
Köhler, v.:	Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechts. Stuttgart-Berlin 1935.
Kormann:	System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte. Berlin 1910.
Krebs:	Die Vertretung der Gemeinde im Rechtsverkehr, in: Deutsche Rechtspflege 1936, S. 224.
Küchenhoff-Berger:	Deutsche Gemeindeordnung, Leipzig 1935.
Laforet:	Deutsches Verwaltungsrecht. München 1937.
Mayer:	Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1924.
Nauck:	Die Vertretung der Gemeinden, in: JW. 1936, S. 1571.
Nauck:	Arglist bei öffentlichrechtlichen Formvorschriften, JW. 1936, S. 2508.
Oesterling:	Kann eine Gemeinde aus mündlichen Verpflichtungserklärungen ihrer Vertretungsorgane in Anspruch genommen werden?, in: RVBl. Nr. 56, S. 917.
Pfundtner-Neubert:	Das neue deutsche Reichsrecht.
Planck:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II. Bd. 4. Aufl. 1914.
RGRK.	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, I. Bd. 1939, 9. Aufl. II. Bd. 1934, 8. Aufl.
Rilk:	In JW. 1936, S. 1827.
Saage:	In „Deutsche Justiz" 1935, S. 969.

Schack:	Zur Neuordnung des materiellen Amtshaftungsrechts, in: Ztschr. f. Beamten- u. Behördenangestellten-Recht, 8. Bd. 1937/8, S. 66.
Schattenfroh:	Deutsche Gemeindeordnung, München-Leipzig 1935.
Schlempp:	Die Gemeinden im Rechtsverkehr. Stuttgart-Berlin 1939.
Schlempp:	Vertretung und Formzwang bei Verpflichtungserklärungen der Gemeinden, in: Der Gemeindetag, 1936, S. 49—50; 87—91; 139—141; 184—187.
Schmidt:	Das Satzungsrecht der Gemeinde nach der Deutschen Gemeindeordnung. Diss. Gießen 1938.
Schneider:	Bürgerlichrechtliche Wirkungen der Deutschen Gemeindeordnung, in: JW. 1935, S. 2028.
Schupp:	Der Bankverkehr mit den Gemeinden, in: Bankarchiv Nr. 35, S. 545.
Sohm:	Archiv für Bürgerliches Recht, 1928, S. 192.
Staudinger:	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allg. T. I. Bd. 10. Aufl. 1936. II. Bd. Recht d. Schuldverh. 9. Aufl. 1928.
Steffens:	Die Deutschen Gemeinden im bürgerlichen Rechtsverkehr, in: DJZ. 1935, S. 604.
Stockhausen:	Die Haftung der juristischen Person für ihre Organe. Diss. Marburg 1933.
Strömer:	Die sogenannte exceptio doli generalis gegenüber der Berufung auf Formnichtigkeit. Diss. Erlangen 1936.
Surèn-Loschelder:	Deutsche Gemeindeordnung, Berlin 1935.
Zeitler-Bitter-v.Derschau:	Kommentar zur Deutschen Gemeindeordnung vom 30. Januar 1935, 3. Aufl. Berlin 1937.

Bankarchiv.

Deutsche Justiz. (DJ.)

Deutsche Juristenzeitung. (DJZ.)

Der Gemeindetag.

Die Landgemeinde.

Entscheidungen des Kammergerichts. (KG.)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (RG.)

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. (Gruch.)

Höchstrichterliche Rechtsprechung. (HRR.)

Juristische Wochenschrift. (JW.)

Reich und Länder.

Reichs- und Preußisches Verwaltungsblatt. (RuPrVBl. — RVBl.)

Zeitschrift für Beamten- und Behördenangestelltenrecht.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Die zum Handeln für die Gemeinde berufenen Personen. 1—18

1. Allgemeines über das organschaftliche Handeln. 1— 2

Für die Gemeinde treten deren Organe handelnd in Erscheinung. S. 1. Das Organ ist Funktionsträger der Verbandsperson. S. 1. Es muß innerhalb des ihm zustehenden Wirkungskreises handeln. S. 2. Unmittelbares und mittelbares Organ. S. 2.

2. Die Organe als verfassungsmäßig berufene Vertreter der Gemeinde. 3— 8

Der Bürgermeister verkörpert als einziges unmittelbares Organ die Gemeinde. S. 3. Seine Vertretungsmacht ist grundsätzlich unbeschränkt und unbeschränkbar. S. 3. Der ständige allgemeine Vertreter ist mittelbares Organ und zur Vertretung im gesamten Bereich der gemeindeverwaltung befähigt. S. 3. Sein Recht zur Vertretung ist ein ständiges (S. 4) und nach außenhin unbeschränkbar. S. 4. Die übrigen Beigeordneten sind ebenfalls mittelbare Organe. S. 4—5. Sie vertreten den Bürgermeister in ihren Arbeitsgebieten. S. 4. Ihre Vertretungsmacht entsteht erst mit der auf dem Wege der Geschäftsverteilung erfolgenden Zuweisung eines bestimmten Arbeitsgebiets. S. 5. Vertretung durch zwei Beigeordnete. S. 6. Übertragung des Rechts zur Zweitvollziehung auf einen Beigeordneten. S. 6. Die durch Auftrag als Verwaltungsakt zum organschaftlichen Handeln befähigten Beamten und Angestellten. S. 6. Die Befähigung zum organschaftlichen Handeln folgt aus § 35 Abs. 3 DGO. S. 6. Die Organschaft selbst wird durch die Zuständigkeitsübertragung begründet. S. 7. Die so beauftragten Beamten und Angestellten sind verfassungsmäßig berufene Vertreter der Gemeinde i. S. von §§ 89, 31 BGB. S. 7. Arbeiter der Gemeinde können nicht beauftragt werden. S. 8. Auch Beigeordnete sind mit Ermächtigung des Bürgermeisters zur Beauftragung befugt. S. 8.

3. Die Beschränkung der Vertretung. 8—13

Des Bürgermeisters durch den Beauftragten der NSDAP. bei bestimmten Entschließungen, durch die Aufsichtsbehörde und den Staatskommissar, S. 8—9, in Angelegenheiten, die ihn selbst oder seine Verwandten oder Verschwägerten betreffen. S. 9. Des allgemeinen Vertreters. Im Außenverhältnis keine Beschränkung. S. 10. Beschränkung im Innenverhältnis durch Dienstanweisung möglich. S. 10. Überschreitung der Vertretungsbeschränkung macht den allg. Vertreter zivil- und dienststrafrechtlich haftbar. S. 10. Der Dritte, der die einschrän-

kende Dienstanweisung kennt, kann sich nicht auf die Vertretungsmacht des allg. Vertreters berufen. S. 11. Der übrigen Beigeordneten im Innen- und im Außenverhältnis. S. 11. Durch Änderung der Entziehung des Arbeitsgebietes im Wege der Geschäftsverteilung S. 11 oder dadurch, daß der Bürgermeister die Angelegenheit „an sich zieht". S. 12. Der beauftragten Beamten und Angestellten S. 12 durch Widerruf des Auftrags, durch Rücknahme der den Beigeordneten erteilten Ermächtigung oder durch Verfügung des Bürgermeisters. S. 12. Wird für die Erteilung des Auftrags eine Form gewählt, so bleibt die Vertretungsmacht solange bestehen, bis der Auftrag in der Form, in der er erteilt wurde, widerrufen wird. S. 12.

4. Die Wirkung der Beschränkung. 13—15

Im Innenverhältnis zivil- und dienststrafrechtliche Folgen. S. 13. Im Außenverhältnis Nichtigkeit, wenn die Rechtshandlung gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, wenn es sich ausdrücklich aus dem Gesetz ergibt und wenn ein Dritter bewußt an der Schädigung der Gemeindeinteressen teilgenommen hat. S. 13—14. Unwirksamkeit, wenn die Genehmigung der Aufsichtsbehörde oder die Zustimmung des Beauftragten der NSDAP. nicht erteilt ist. S. 14. Handeln des Bürgermeisters, der Beigeordneten und der Beauftragten als Vertreter ohne Vertretungsmacht. S. 14. Eine Heilung der Nichtigkeit ist nur durch Neuvornahme des Geschäfts möglich. S. 14. Heilung der Unwirksamkeit durch nachfolgende Genehmigung des ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Rechtsgeschäfts. S. 14 bis 15.

5. Die Vertreter kraft Vollmacht. 15—18

Der Personenkreis, dem Vollmacht erteilt werden kann, ist nicht beschränkt. S. 15. Die Vollmacht berechtigt nur zu Handlungen des bürgerlichen Rechtsverkehrs. S. 15. Vollmacht kann nur durch die Organe im Rahmen ihrer Zuständigkeit erteilt werden. S. 15—16. Formerfordernis für die Vollmacht (schriftliche und öffentlich beglaubigte). S. 16—17. Generalvollmachten sind unzulässig. S. 17. Gattungsvollmachten sind erlaubt. S. 18. Entziehung der Vollmacht und Wirkung der Entziehung. S. 18.

II. Die Formvorschriften des § 36 Abs. 2 DGO. 19—34

1. Zweck der Formvorschriften. 19

Schutz der Gemeinde vor übereilten und unüberlegten Erklärungen und Verpflichtungsübernahmen. S. 19.

2. Die Verpflichtungserklärungen. 19—24

Die Verpflichtungserklärung ist eine Willenserklärung, die darauf abzielt, eine Verpflichtung zu begründen. S. 20. Der Verpflichtungswille ist maßgebend. S. 20. „Eigentliche" und „uneigentliche" Verpflichtungserklärungen. S. 20—21. Eine Verpflichtung kann durch eine bürgerlichrechtliche wie auch öffentlichrechtliche Erklärung begründet werden. S. 21—22. Zu einer bereits bestehenden Verpflichtung tritt

Seite

eine neue, von dieser abweichende hinzu. S. 22. Dingliche Rechtsgeschäfte fallen nicht unter die formbedürftigen Verpflichtungserklärungen. S. 23. Die Verfügungen. S. 23. Begriffsbestimmung. S 24.

3. Weitergehende Formvorschriften anderer Gesetze werden durch § 36 Abs. 2 DGO. nicht berührt. 24—25

Gleiche Formen werden aber von § 36 Abs. 2 mit umfaßt. S. 24. Die Notwendigkeit öffentlicher Beglaubigung sowie gerichtlicher oder notarieller Beurkundung entfällt bei Erklärungen der Gemeinde, die in gehöriger Form abgegeben sind. S. 25.

4. Art der Unterzeichnung. 25—27

Unterzeichnung durch den Bürgermeister, handschriftlich und unter seiner Amtsbezeichnung. S. 25. Unterzeichnung durch zwei vertretungsberechtigte Beamte und Angestellte. S. 26. Die Beigeordneten unterzeichnen mit dem Zusatz „in Vertretung", die Beauftragten mit dem Zusatz „im Auftrage". S. 26. Unterzeichnung durch die Aufsichtsbehörde unter Angabe des Vertretungsverhältnisses und mit dem Hinweis, daß die Erklärung für die Gemeinde abgegeben ist. S. 26. Die Art der Unterzeichnung durch den Staatskommissar richtet sich danach, ob er die Geschäfte des Bürgermeisters oder die der Beigeordneten wahrnimmt. S. 26—27. Vergleichende Gegenüberstellung. S. 27.

5. Wirkung des Formmangels. 28—30

Auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts. S. 28. Nichterfüllung der Formvorschriften hat Nichtigkeit der Willenserklärung zur Folge. S. 28. Ohne Wirkung ist das Fehlen der Bekanntgabe des Vertretungsverhältnisses. S. 28. Die Wirkung der Verletzung von Formvorschriften des privaten Rechts und denen des § 36 Abs. 2 DGO. richtet sich nach den Grundsätzen des privaten Rechts wie auch denen der DGO. S. 28—29. Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts beurteilt sich die Wirkung des Formmangels nach den für einen Verwaltungsakt geltenden Vorschriften. S. 29. Die Heilung einer nichtigen Willenserklärung ist nur durch eine formgerechte Neuvornahme möglich. S. 29. Ausnahmsweise ist eine Heilung auch durch Erfüllung möglich, wenn die Gemeinde allein oder die Gemeinde und der Vertragsgegner ihre Verpflichtungen erfüllt haben. S. 29—30.

6. Befreiung von dem Formzwang des § 36 Abs. 2 DGO. 30—34

Zugunsten der Geschäfte der laufenden Verwaltung. S. 30—32. Darunter fallen diejenigen Geschäfte, deren Eingehung nicht gegen den Rechtsschutzgedanken des § 36 Abs. 2 DGO. verstößt. S. 31. Der Begriff des Geschäfts der laufenden Verwaltung ist unabhängig von der Größe bezw. dem Umfang des Geschäfts. S. 31—32. Begriffsbestimmung. S. 32. Das Geschäft muß geldlich von nicht erheblicher Bedeutung sein. S. 32 bis 33. Das richtet sich vornehmlich nach der Art des Geschäfts, den Verhältnissen und der Größe der Gemeinde und dem mit dem Geschäft verbundenen Risiko. S. 32.

Seite

Auf Grund formgerechter Vollmacht. S. 33 bis 34. Erklärungen öffentlichrechtlicher Art können nicht abgegeben werden. S. 33. Die Vollmacht muß der Form des § 36 Abs. 2 DGO. entsprechen. S. 33. Die Befreiung vom Formzwang gilt nur für § 36 Abs. 2 DGO. S. 34. Die Formvorschriften anderer Gesetze werden durch die Ausnahmebestimmung des § 3 der 2. DVO. nicht berührt. S. 34.

III. Die aufsichtsbehördliche Genehmigung. 35—47

1. Das Wesen der Genehmigung. 35

Die Genehmigung ist der Ausdruck staatlicher Schutzgewalt S. 35 und ist als solche ein Hoheitsakt. S. 35. Die Genehmigung ist nicht formgebunden. S. 36. Es besteht kein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung. S. 36. Die der Gemeinde obliegende Treupflicht legt ihr die Verpflichtung zur Herbeiführung der Genehmigung auf. S. 37. Rechtsbeziehungen zwischen Aufsichtsbehörde und Vertragsgegner der Gemeinde bestehen nicht. S. 37. Diese Grundsätze beziehen sich nur auf die Genehmigung nach der Deutschen Gemeindeordnung. Unberührt davon bleiben die Genehmigungsvorschriften anderer Gesetze. S. 37—38.

2. Ausnahmen vom Genehmigungszwang. 38—41

Die grundsätzliche Befreiung nach § 78 DGO. für die im Rahmen der laufenden Verwaltung abzuschließenden Geschäfte. S. 38—39. Die Ausnahme nach § 62 DGO. für gewisse, ihrer Natur nach regelmäßig wiederkehrende Geschäfte oder solche, die eine bestimmte Wertgrenze nicht überschreiten S. 39; die dazu ergangenen Durchführungsverordnungen. S. 39—40. Die Freistellung vom Genehmigungszwang nach § 105 DGO. bei gleichzeitiger Anordnung der Pflicht, die Geschäfte der Aufsichtsbehörde anzuzeigen S. 40; die dazu ergangenen Durchführungsverordnungen. S. 40—41. Verhältnis dieser Bestimmungen untereinander. S. 41.

3. Versagung der Genehmigung. 42—43

Bis zur Erteilung der Genehmigung besteht ein Schwebezustand. S. 42. Die Vertragsteile sind während dieser Zeit an ihre Erklärungen gebunden. S. 42 Die Vorschriften der §§ 182 ff. BGB. finden auf die aufsichtsbehördliche Genehmigung entsprechende Anwendung. S. 42. Die Versagung macht das Geschäft nichtig. S. 42. Rücknahme der Genehmigung. S. 42. Sie beurteilt sich nach den für den Widerruf eines Verwaltungsaktes geltenden Grundsätzen. S. 42. Eine Rücknahme ist ausgeschlossen, wenn die Genehmigung bereits Rechtswirkungen erzeugt hat S. 42, es sei denn, daß die Genehmigung in widerruflicher Form oder für ein unwirksames Rechtsgeschäft erteilt wurde. S. 42—43.

4. Wirkung mangelnder Genehmigung. 43—46

Nach außen: Unwirksamkeit S. 43 bei Geschäften des bürgerlichen Rechtsverkehrs S. 43 und Verfügungen öffentlichrechtlicher Natur. S. 43—44. Nichtigkeit. S. 44. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung. S. 44.

Seite

Zusammentreffen von Genehmigungen, die sich nach verschiedenen Gesetzen beurteilen. S. 44. Im Innenverhältnis: für gewisse Willenserklärungen. S. 45. Eingreifen der Aufsichtsbehörde, Haftung der Beamten und ihre dienststrafrechtliche Verfolgung. S. 45. Heilung S. 45—46 ist nur bei unwirksamen Geschäften möglich. S. 45. Heilung bei Verletzung verschiedener Genehmigungsvorschriften. S. 46. Keine Heilung bei nichtigen Geschäften. S. 46.

IV. Haftung der Gemeinde. 47—70

1. Für rechtsgeschäftliches Tätigwerden. 47—51

Der Organe. S. 47—50. Verschulden bei Vertragsschluß (culpa in contrahendo). S. 47—48. Anwendung auf bürgerlichrechtliche und öffentlichrechtliche Vertragsverhältnisse. S. 48. Verletzung der Formvorschriften und des Genehmigungszwanges. S. 49—50. Der Vertreter. S. 50—51. Verschulden der Personen, deren sich die Gemeinde zur „Erfüllung von Verbindlichkeiten" (Vertreter) bedient. S. 50 bis 51. Handelt nicht der Erfüllungsgehilfe sondern ein weiterer Vertreter, so wird die Gemeinde nicht verpflichtet. S. 51.

2. Für außervertragliches privatrechtliches Handeln. 52—56

Der Organe S. 52—55 als verfassungsmäßig berufene Vertreter der Gemeinde. S. 52. Schadenszufügung „in Ausübung der dem Organ zustehenden Verrichtung". S. 52 bis 53. Die Schadensersatzpflicht bestimmt sich nach den §§ 823, 826 BGB. S. 53—55. Der Vertreter S. 55—56 als Verrichtungsgehilfen. S. 55. Schadenszufügung durch widerrechtliches Handeln. S. 55. Exkulpationsmöglichkeit der Gemeinde. S. 56.

3. Für in Ausübung öffentlicher Gewalt begangene Amtspflichtverletzungen. 56—60

Die Gemeindeorgane sind Beamte i. S. von § 839 BGB. S. 56—57. Handeln „in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt". S. 57. Die Pflicht zur Erteilung einer wahrheitsgemäßen Auskunft sowie die Pflicht zur Innehaltung der Grenzen der Zuständigkeit sind Amtspflichten, die dritten Personen gegenüber bestehen. S. 58—59. Verschulden des Beamten. S. 59. Die Anlegung eines günstigeren Verschuldensmaßstabes bei Ehrenbeamten ist unbegründet. S. 59. Möglichkeit der Gemeinde, die Haftung auszuschließen. S. 59—60.

4. Die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung. 60—62

Sie ist begründet, wenn die Lossagung der Gemeinde vom Vertrage mit ihrem bisherigen Verhalten nach allgemeinem Rechtsempfinden unvereinbar ist. S. 60—61. Die exceptio doli gegenüber der Berufung auf mangelnde Vertretungsmacht, wenn die Gemeinde es schuldhaft unterlassen hat, dem Vertragsgegner von der Entziehung Mitteilung zu machen S. 61 und gegenüber der Berufung auf Formnichtigkeit, wenn der Vertragsgegner über die Notwendigkeit der Innehaltung einer besonderen Form getäuscht

Seite

wurde. S. 61—62. Gegenüber einer Täuschung hinsichtlich der erforderlichen aufsichtsbehördlichen Genehmigung versagt die exceptio doli. S. 62. Ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung schließt die Arglisteinrede nicht aus. S. 62.

5. Inhalt der Schadensersatzpflicht. 62—66

Anspruch auf Naturalrestitution gemäß § 249 BGB. S. 63. Der Ersatzanspruch aus einer in Ausübung öffentlicher Gewalt begangenen Amtspflichtverletzung ist auf Geldleistung gerichtet. S. 63. Grundsätzlich Gewährung des Vertrauensinteresses. S. 63. Ausnahmsweise des Erfüllungsinteresses bei Verhinderung des Zustandekommens eines Vertrages, S. 63 und im Falle der exceptio doli generalis. S. 63. Einrede des mitwirkenden Verschuldens. S. 64. Zwischen der Handlung des Geschädigten und dem Eintritt des Schadens muß ein Kausalzusammenhang bestehen. S. 64. Gegenüber vorsätzlicher oder arglistiger Schadenszufügung ist in der Regel ein nur fahrlässiges Mitwirken des Geschädigten nicht geeignet, die Haftung der Gemeinde zu mindern. S. 64—65. Eine Ausnahme davon besteht jedoch für die Haftung aus § 831 BGB. S. 65. Der geschädigte Vertragsgegner kann darauf vertrauen, daß die für die Gemeinde Handelnden die Grenzen ihrer Vertretungsmacht sowie die geltenden Formvorschriften kennen und sie auch befolgen. S. 65.

6. Haftung aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung. 66—68

Nichtigkeit des Grundgeschäfts. S. 66. Ist Grund- und Erfüllungsgeschäft nichtig, dann ist ein Anspruch aus § 812 BGB. nicht gegeben. S. 66—67. Kein Bereicherungsanspruch bei Kenntnis der Nichtigkeit. S. 67. Umfang der Herausgabepflicht. S. 67. Die Herausgabepflicht entfällt, wenn die Gemeinde nicht mehr bereichert ist. S. 67—68.

7. Mithaftung der Organe und Vertreter. 68

Gesamtschuldnerische Haftung der Gemeinde und der für sie im Rechtsverkehr auftretenden Personen. S. 68.

8. Eigene Haftung der handelnden Personen. 68—70

Aus dem Gesichtspunkt der Vertretung ohne Vertretungsmacht. S. 68—69. Haftung für culpa in contrahendo S. 70 aus unerlaubter Handlung S. 70 und aus Verletzung einer Amtspflicht. S. 70. Mitverschulden des Geschädigten. S. 70.

I. Die zum Handeln für die Gemeinde berufenen Personen.

1. Allgemeines über das organschaftliche Handeln.

Die Gemeinde ist nach der ihr vom Gesetz zuerkannten Form eine öffentlichrechtliche Gebietskörperschaft[1]. Daraus folgt, daß sie im öffentlichen wie im privaten Rechtsverkehr als Rechtssubjekt auftreten, Verträge schließen, wegen schadenstiftender Handlungen ihrer Organe und Vertreter haftbar gemacht und im Zivilprozeß verklagt werden kann. Sie besitzt also Rechtsfähigkeit, Willens- und Handlungsfähigkeit und in prozessualer Hinsicht Parteifähigkeit[2].

Für die Gemeinde treten deren Organe handelnd in Erscheinung. Das Organ ist kein selbständiges Rechtssubjekt, sondern als natürliche Person Funktionsträger der Verbandsperson — also der Gemeinde, — der es angehört und als deren Teil es mit der Fähigkeit, für sie rechtswirksam zu handeln, äußerlich in Erscheinung tritt[3].

Damit ist auch die Stellung, die das Organ[4] dem Stellvertreter gegenüber, der nur Mittelsperson ist, und als selbständiges Rechtssubjekt neben dem Vertretenen steht[5], abgezeichnet. Gierke[6] gibt in seiner Untersuchung „Haftung des Staates und der Gemeinden für Beamte" folgende Bestimmung des Begriffs „Organ" gegenüber dem des „Vertreters". „Organ einer Verbandsperson ist jede als Teil des Verbandsorganismus gesetzte Person oder Personenmehrheit, die kraft der gemein-

---

[1]) § 1 Abs. 2 S. 1 DGO.
[2]) Hild, S. 20.
[3]) Vgl. Helfritz, S. 31.
[4]) Von dem abstrakten Begriff „Organ" ist der Organschaftsträger zu unterscheiden. Während das Organ z. B. der „Bürgermeister" ist, ist der Organschaftsträger die mit dieser Organstellung bekleidete Person.
[5]) Helfritz, S. 31
[6]) in: Verhandlungen des 28. Deutschen Juristentages Berlin 1905, S. 111.

heitlichen Lebensordnung berufen ist, eine Funktion des Verbandslebens zu versehen. Das Organ hat seine Stellung innerhalb, der Stellvertreter oder Gehilfe außerhalb des Verbandsorganismus. Die Berufung zum Organ erfolgt durch einen, dem inneren Verbandsleben angehörenden sozialrechtlichen Akt, während Stellvertreter und Gehilfen im Gange des äußeren Verbandslebens durch indvidualrechtliche Verträge gewonnen werden. Das Organ betätigt innerhalb seiner Zuständigkeit das Verbandsleben, während Stellvertreter und Gehilfen, auch wenn sie inhaltlich gleiche Verrichtungen ausführen, nur ihre eigene Lebenstätigkeit in den Dienst des Verbandslebens stellen."

Aus der Stellung des Organs folgt, daß alles Handeln der Organe Handeln der Gemeinde selbst ist, daß der durch das Organ geäußerte Wille den Willen der Gemeinde darstellt und ebenso alle Willensmängel des Organs solche der Gemeinde sind[1]). Voraussetzung für die Wirksamkeit seiner Handlung ist allerdings, daß das Organ jeweils innerhalb des ihm zustehenden Wirkungskreises handelt. Alle außerhalb dieses Wirkungskreises liegenden Handlungen sind keine Organhandlungen mehr und damit auch für die Gemeinde ohne jede Bedeutung[2]).

Innerhalb der Gesamtheit der Organe unterscheidet man entsprechend der Stellung des Organs zur Gemeinde und zu den anderen Organen unmittelbare und mittelbare Organe.

Das unmittelbare Organ ist in seiner Stellung keinem anderen Organ untergeordnet. Seine unmittelbare, aus der Verfassung entspringende Fähigkeit, den Willen der Gemeinde zu bilden und zu betätigen, wird nur durch die Schranken des objektiven Rechts und der Lebenssphäre der Gemeinde begrenzt. Bei dem mittelbaren Organ hingegen tritt zu der ebenfalls in der Verfassung begründeten Handlungsfähigkeit die Mitbestimmung eines übergeordneten Organs hinzu, wodurch dem mittelbaren Organ, das damit in ein Unterordnungsverhältnis zum übergeordneten Organ tritt, eine größere Beschränkung der Handlungsfähigkeit auferlegt wird[3]).

---

[1]) Vgl. Helfritz, S. 30, 32.
[2]) Vgl. Helfritz, S. 32.
[3]) Laforet, S. 93 Anm. 4.

2. Die Organe als verfassungsmäßig berufene Vertreter der Gemeinde.

Das Recht und die Pflicht, die Gemeinde zu vertreten, obliegt kraft Gesetzes allein dem Bürgermeister. Als einziges unmittelbares verfassungsmäßiges Organ[1) 2)] verkörpert er die Gemeinde und führt die Verwaltung in voller und ausschließlicher Verantwortung (§ 32 DGO.). Zu seiner Zuständigkeit gehört jedes organschaftliche Tätigwerden sowohl auf dem Gebiete der obrigkeitlichen Verwaltung als auch in Wahrnehmung der bürgerlichrechtlichen Belange, in dem Bereich der staatlichen Auftragsangelegenheiten ebenso wie auf dem Gebiet der eigentlichen Selbstverwaltung[3)]. Er vertritt die Gemeinde gerichtlich und außergerichtlich, aktiv und passiv. Ihm obliegt die Abgabe und Entgegennahme von Willenserklärungen sowie die Erledigung des gemeindlichen Geschäftsverkehrs. Die Vertretungsmacht des Bürgermeisters ist grundsätzlich unbeschränkt und unbeschränkbar[4)].

Seine Handlungsfähigkeit verliert der Bürgermeister in dem Augenblck, wo mit seiner Organstellung auch die Vertretungsmacht endigt. Dies kann geschehen durch Abberufung, Suspension, Dienstentlassung oder Tod[5)].

Der ständige allgemeine Vertreter des Bürgermeisters ist der erste Beigeordnete[6)] (§ 35 DGO.). Er wird vom Bürgermeister unter Beobachtung der Formvorschriften des Deutschen Beamtengesetzes (§ 27 DBG.) in sein Amt berufen (§ 37 DGO.). Der erste Beigeordnete ist Organ, und zwar mittelbares Organ der Gemeinde und zur Vertretung des Bürgermeisters im gesamten Bereich der Gemeindeverwaltung kraft Gesetzes befähigt.

---

1) Laforet, S. 93 Anm. 4.

2) Neben dem Bürgermeister kann auch die Aufsichtsbehörde und der Staatskommissar mit unmittelbarer Wirkung gemäß §§ 111, 112 DGO. für die Gemeinde handeln.

3) Schlempp, S. 18.

4) Vgl. aber die Möglichkeit der Beschränkung durch gesetzliche Bestimmung. Auch die Ausführungen unter „Die Beschränkung der Vertretung".

5) Nauck, JW. 36, S. 1570

6) In Stadtkreisen führt der Bürgermeister die Bezeichnung „Oberbürgermeister" und der erste Beigeordnete die Bezeichnung „Bürgermeister". § 34 DGO.

Diese Befähigung bezieht sich auf alle Aufgaben des öffentlichen wie des privaten Rechtsgebiets, die dem Bürgermeister überhaupt obliegen, auf die Selbstverwaltungsangelegenheiten, Auftragsangelegenheiten sowie alle Zuständigkeiten, die ihm in der Deutschen Gemeindeordnung durch Gesetz zugewiesen sind[1].

Das Recht, die Gemeinde zu vertreten, ist ein ständiges, ohne Rücksicht darauf, ob der Bürgermeister im Einzelfalle infolge Behinderung zum Handeln für die Gemeinde außerstande ist oder nicht[2]. Die Vertretungsmacht des ersten Beigeordneten entspricht der durch Gesetz eingeräumten Rechtsstellung und ist, im Gegensatz zu der Sondervertretung der übrigen Beigeordneten, nach außenhin unbeschränkbar[3].

Ist der erste Beigeordnete in der Erfüllung seiner Obliegenheiten verhindert, was im Falle seiner Beurlaubung, Erkrankung, Vakanz der Stelle oder bei einer Interessenkollision (§ 25 DGO.) eintritt[4], so sind die übrigen Beigeordneten nach einer vom Bürgermeister schriftlich festgelegten Reihenfolge und, in Ermangelung einer solchen, nach ihren Dienstalter berufen (§ 35 Abs. 1 DGO.). Eine Verhinderung des Bürgermeisters braucht dagegen nicht vorzuliegen, weil ja auch der erste Beigeordnete unabhängig von einer Behinderung des Bürgermeisters zu dessen Vertretung berufen ist.

Soweit die übrigen Beigeordneten nicht in die Stellung des allgemeinen Vertreters infolge seiner Verhinderung eingerückt sind, sind sie Vertreter des Bürgermeisters in ihren Arbeitsgebieten, (§ 35 Abs. 2 DGO.) und als solche nur über den Bürgermeister zum Handeln für die Gemeinde berufen. Dadurch wird ihre Vertreterstellung zu einer mittelbaren,

---

[1] Zeitler-Bitter-v. Derschau, § 34 Anm. 3.

[2] Ausführungsanweisung zu § 35.

[3] Einer unter Umständen möglichen Abweichung in den Willenserklärungen des Bürgermeisters von denen seines allgemeinen Vertreters kann jedoch dadurch begegnet werden, daß der Bürgermeister wenigstens im Innenverhältnis durch Anweisung das Arbeitsgebiet seines allg. Vertreters beschränken kann. (Vgl. auch Schattenfroh, § 35 Anm. 1a sowie die Ausführungen unter „Beschränkung der Vertretung".)

[4] Engfer, in Staats- und Selbstverwaltung, 1935, S. 422.

ihre Vertreterwirkung bleibt jedoch unmittelbar[1]. Sie leiten ihre Vertretungsmacht unmittelbar aus dem Gesetz ab und sind daher ebenfalls Organe der Gemeinde und gesetzliche, verfassungsmäßige Vertreter derselben[2].

Die Wirkung ihres Handelns ist die gleiche wie die des Bürgermeisters. Ihre Vertretungsmacht entsteht jedoch erst mit der Zuweisung eines bestimmten Arbeitsgebietes durch den Bürgermeister[3], und bleibt auch nur auf dieses Arbeitsgebiet beschränkt[4]. Gleichwohl ist die Zuweisung eines Arbeitsgebiets nicht der Schöpfungsakt der Vertretungsmacht, sie stellt vielmehr nur die Konzentration der bereits gesetzlich begründeten Vertretungsmacht dar[5].

Handelt ein Beigeordneter in Überschreitung der Grenzen seines Arbeitsgebietes oder bevor ihm ein solches zugeteilt worden ist, so handelt er ohne Vertretungsmacht, es sei denn, er handelt als allgemeiner Vertreter des Bürgermeisters für den verhinderten ersten Beigeordneten[6].

Die Art des Arbeitsgebietes sowie dessen Umfang und damit auch den Umfang der Vertretungsmacht bestimmt der Bürgermeister durch die ihm zustehende Geschäftsverteilung[7]. Die einmal vorgenommene Geschäftsverteilung kann der Bürgermeister allerdings jederzeit ändern. Damit ändert sich auch das Arbeitsgebiet und die Vertretungsmacht nach außen[8] [9].

Ebenso wie die Beigeordneten den Bürgermeister nur innerhalb ihres Arbeitsgebiets vertreten können, so ist die nach

---

[1]) Schlempp, Gemeindetag, 1936, S. 51.
[2]) Groll, S. 24.
[3]) Zeitler-Bitter-v. Derschau, § 35, Erl. 2, Helfritz, S. 96; Amtl. Begründung, § 35, Kerrl-Weidemann, Erl. 2.
[4]) Engfer, Staats- u. Selbstverwaltung, 1935, S. 422.
[5]) so auch Groll, S. 67.
[6]) Zeitler-Bitter-v. Derschau, § 35 Erl. 2, Surèn-Loschelder, § 35 Erl. 4.
[7]) Schattenfroh, § 35 Anm. 1b; Küchenhoff-Berger, § 35 Anm. 10.
[8]) Vgl. Schattenfroh, § 35 Anm. 1b; Steffens, DJZ. 1935, Sp. 606; Zeitler-Bitter-v. Derschau § 35, Erl. 2.
[9]) Eine Ausnahme in dieser Hinsicht macht jedoch gemäß § 34 Abs. 2 i. Verbdg. mit § 41 DGO. der Stadtkämmerer, dem, wie auch dem ersten Beigeordneten, bewußt eine besondere Rechtsstellung eingeräumt worden ist. Daraus folgt, daß für die Dauer seiner Amtszeit der Kämmerer kraft Gesetzes mit der Verwaltung des Geldwesens für die Stadt betraut ist und der Bürgermeister diese besondere Rechtsstellung durch eine Geschäftsverteilung nicht ändern kann. (Ausführungsbestimmung zu § 34 Ziff. 2.)

§ 36 Abs. 2 DGO. erforderliche Zweitvollziehung nur dann wirksam, wenn sie innerhalb der Grenzen der sich aus dem besonderen Arbeitsgebiet ergebenden Vertretungsmacht vorgenommen wird[1]). Wollte man jedem Beigeordneten das Recht einräumen, außerhalb seines Arbeitsgebietes, wenn auch in Verbindung mit einem sonst sachlich zuständigen Beigeordneten, verbindlich zeichnen zu können, so würde die Stellung des „zweiten" vertretungsberechtigten Beigeordneten der des allgemeinen Vertreters gleichgestellt sein, eine Folge, die nicht dem Zweck des Gesetzes entspräche, den Beigeordneten nur auf den ihnen vertrauten Gebieten die Vertretungsmacht zu gewähren. Andererseits würde aber eine ganz starre Innehaltung dieses Grundsatzes zur Folge haben, daß immer zwei Beigeordnete für ein bestimmtes Arbeitsgebiet sachlich zuständig sein müßten, was zu unerträglichen Verhältnissen führen würde.

Es wird deshalb für zulässig zu erachten sein, daß einem Beigeordneten, zu dessen Arbeitsgebiet sowieso die Vertretung eines anderen Beigeordneten im Verhinderungsfalle gehört, diesem die Zweitvollziehung bei Verpflichtungserklärungen auf dem Gebiet eines anderen bestimmten Beigeordneten ohne Rücksicht auf dessen Behinderung übertragen wird[2]).

Organe sind außer dem Bürgermeister und den Beigeordneten auch diejenigen Beamten und Angestellten der Gemeinde, die vom Bürgermeister selbst mit seiner Vertretung in bestimmten Angelegenheiten oder von den Beigeordneten auf Grund besonderer Ermächtigung in ihrem Arbeitsgebiet beauftragt worden sind (§ 35 Abs. 3 DGO.). Diese gesetzliche Bestimmung verleiht den Beamten und Angestellten die Fähigkeit zum organschaftlichen Handeln[3]). Die Organschaft

---

[1]) So auch zustimmend Schlempp, S. 27; a. A. Elleringmann, der es genügen lassen will, daß der Zweitunterzeichner überhaupt (in abstracto) vertretungsberechtigt ist, eine Ansicht, die jedoch nicht haltbar ist. (Elleringmann a. a. O.)

[2]) Schlempp, S. 27.

[3]) Vor Erlaß der DGO. konnte die Organschaft durch Zuständigkeitsübertragung nur denjenigen Personen verliehen werden, die der Gemeinde als ein zum organschaftlichen Handeln befähigtes Glied einverleibt waren (Helfritz, S. 104).

wird aber für jeden dieser Beamten und Angestellten erst durch die Übertragung der Zuständigkeit auf die ausgewählten Personen begründet[1]). Daraus folgt, daß die durch den Auftrag, also die Zuständigkeitsübertragung zu Organen der Gemeinde gewordenen Beamten und Angestellten, auch verfassungsmäßig berufene Vertreter im Sinne von §§ 89, 31 BGB. sind[2] [3]), da für die Bestimmung des verfassungsmäßig berufenen Vertreters lediglich die Organqualität ausschlaggebend ist[4] [5]).

Die Zuständigkeitsübertragung ist ein öffentlichrechtlicher Verwaltungsakt und als solcher an eine Form nicht gebunden. Die Zuständigkeit kann durch Dienstanweisung oder mündliche Vollmacht oder dadurch übertragen werden, daß das Organ für zuständig erklärt wird, die in Frage kommende Rechtshandlung vorzunehmen[6]). Sie kann sich auf einen bestimmten Wirkungskreis wie auch auf einzelne oder mehrere Rechtsgeschäfte beziehen[7]). Dabei ist es unerheblich, ob die mit Organschaft ausgestattete Person öffentlichrechtliche oder privatrechtliche Handlungen vornimmt[8]). Eine Ausnahme jedoch bilden die Angelegenheiten, in denen entweder kraft Gesetzes oder nach der Natur der Sache eine Vertretung überhaupt oder durch Beamte oder Angestellte, die nicht beigeordnete sind, nicht möglich ist[9]), wie diejenigen öffentlichrechtlichen Aufgaben des Bürgermeisters, welche höchstpersönlicher Art und daher nicht nach Ermessen übertragbar sind[10] [11]).

---

[1]) Helfritz, S. 96.

[2]) Dies ist bedeutungsvoll für die Haftung der Gemeinde.

[3]) Im Ergebnis auch Nauk, JW. 1936, S. 1576.

[4]) Vgl. Helfritz, S. 109.

[5]) a. A. Surèn-Loschelder, § 35 Erl. 5, Schlempp, S. 33; Groll, S. 67, die ihre gegenteilige Ansicht damit begründen, daß die Beauftragten nicht Vertreter kraft Gesetzes, sondern kraft besonderen Willens bezw. kraft dienstlichen Auftrags sind. Dabei übersehen sie m. E. aber, daß der Auftrag unter den genannten Voraussetzungen den Beamten und Angestellten ja die Organstellung verleiht.

[6]) Helfritz, S. 103.

[7]) Zustimmend auch Hild, S. 35; Groll, S. 69; Zeitler-Bitter-v. Derschau, § 35 Erl. 3.

[8]) Höpfner, S. 31.

[9]) Groll, S. 72.

[10]) Schattenfroh, § 35 Anm. 2.

[11]) Der Bürgermeister kann z. B. zur Beratung mit den Gemeinderäten nicht einen Angestellten bevollmächtigen (Schattenfroh, § 35 Anm. 2).

Nach § 35 Abs. 3 DGO. können nur Beamte und Angestellte der Gemeinde mit der Vertretung des Bürgermeisters beauftragt werden. Unter Beamten sind die hauptamtlichen wie auch die ehrenamtlichen zu verstehen[1]. Auch die Beigeordneten, denen kein Arbeitsgebiet zugeteilt worden ist, können kraft dienstlichen Auftrags den Bürgermeister vertreten. Ebenso kann einem Beigeordneten durch Auftrag die Vertretungsmacht für Handlungen übertragen werden, die sonst außerhalb seines Arbeitsgebietes liegen würden[2].

Eine Beauftragung von Arbeitern der Gemeinde durch Zuständigkeitsübertragung ist nicht möglich. Dies ergibt sich einmal daraus, daß ein Arbeiter kein zum organschaftlichen Handeln befähigtes Glied der Gemeinde ist und zum anderen daraus, daß er keine Hoheitshandlungen vornehmen kann. Aus diesem Grunde erwähnt das Gesetz in § 35 Abs. 3 DGO. zwar den Beamten und Angestellten, nicht aber auch den Arbeiter[3]. Letztere können jedoch aufgrund bürgerlichrechtlicher Vollmacht die Gemeinde vertreten.

Während der Bürgermeister die Beamten und Angestellten mit seiner Vertretung in bestimmten Angelegenheiten selbst beauftragen kann, können die Beigeordneten diese dienstlichen Aufträge nur mit besonderer Ermächtigung des Bürgermeisters erteilen. Ausgenommen ist allerdings der erste Beigeordnete, der als alleiniger Vertreter des Bürgermeisters einer solchen Ermächtigung nicht bedarf[4].

An eine Form ist die Ermächtigung nicht gebunden[5], doch muß sie ausdrücklich erteilt werden.

3. Die Beschränkung der Vertretung.

Die Beschränkungen, denen der Bürgermeister in seiner Macht, die Gemeinde zu vertreten, unterlegen ist, ergeben sich einmal aus ausdrücklichen gesetzlichen Bestim-

---

[1]) Schattenfroh, § 35 Anm. 2; Küchenhoff-Berger, § 35 Anm. 14.
[2]) Surèn-Loschelder, § 35 Erl. 5.
[3]) Vgl. auch Schlempp, S. 33, Groll, S. 68; Zeitler-Bitter-v. Derschau, § 35 Erl. 3.
[4]) So auch Nauck, JW. 1936, S. 1574.
[5]) Schlempp, Gemeindetag, 1936, S. 57, Nauck, JW. 1936, S. 1774.

mungen und zum anderen daraus, daß der Bürgermeister, soweit er nur Aufgaben des Staates wahrnimmt, auch den staatlichen Weisungen unterliegt[1].

Die gesetzlichen Beschränkungen sind zunächst die, daß in den besonderen Fällen des § 33 DGO. der Beauftragte der NSDAP. der Entschließung des Bürgermeisters seine Zustimmung zu erteilen hat und in einer ganzen Reihe von Fällen[2] bestimmte Entschließungen zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung bezw. Bestätigung der staatlichen Aufsichtsbehörde bedürfen.

Zu den weiteren gesetzlichen Beschränkungen, denen der Bürgermeister unterworfen ist, gehören die der §§ 111, 112 DGO. Danach kann die Aufsichtsbehörde alle dem Bürgermeister zustehenden Entscheidungen selbst fassen und Anordnungen selbst treffen, soweit die Gemeinde von sich aus nicht dafür Sorge trägt. Reichen die Befugnisse der Aufsichtsbehörde zur geordneten Verwaltungsführung der Gemeinde nicht aus, so kann diese einen besonderen Beauftragten (Staatskommissar) bestellen, der alle oder einzelne Aufgaben der Gemeinde wahrnimmt[3]. Soweit die Vertretungsmacht des Beauftragten reicht, ist die des Bürgermeisters aufgehoben[4].

Schließlich ist noch der Bürgermeister von der Erledigung der Kassengeschäfte, die ausschließlich von einem anderen besonderen Kassenverwalter wahrgenommen werden, sowie der Entscheidung über diejenigen Angelegenheiten ausgeschlossen, die ihm selbst, seinem Ehegatten, seinem Verwandten bis zum dritten oder Verschwägerten bis zum vierten Grade oder einer von ihm vertretenen Person einen unmittelbaren Vorteil oder Nachteil bringen könnte (§§ 38, 25 DGO.).

Bei dem Recht des Bürgermeisters, die Vertretungsbefugnis seines allgemeinen Vertreters zu beschränken, ist

---

[1] Groll, S. 16.

[2] Vgl. §§ 3, 14, 18, 19, 66, 71, 75, 76, 78, 79, 104 DGO.

[3] Schattenfroh, § 36 Anm. 1d betrachtet das Recht der Beigeordneten, den Bürgermeister zu vertreten, als Einschränkung seiner Vertretungsmacht. Dem ist m. E. nicht zuzustimmen, da die Beigeordneten ja nur Vertreter des Bürgermeisters ganz allgemein (der erste Beigeordnete) oder auf ihren bestimmten Arbeitsgebiet (die übrigen Beigeordneten) sind.

[4] Schattenfroh, § 36 Anm. 1d.

zu unterscheiden zwischen der Wirkung, welche die Beschränkung im Innenverhältnis und welche sie im Außenverhältnis hat.

Aus der Führerstellung, die der Bürgermeister in der Gemeinde einnimmt, folgt sein Recht, die Vertretungsbefugnis des allgemeinen Vertreters im Innenverhältnis zu beschränken[1]. Dieses Recht des Bürgermeisters findet allerdings seine Schranken darin, daß durch die Beschränkung die vom Gesetz geschaffene Stellung des allgemeinen Vertreters innerhalb des Gemeindeverbandes nicht aufgehoben werden darf[2].

Im Außenverhältnis hat jedoch der Bürgermeister nicht die Möglichkeit, die Vertretungsmacht seines allgemeinen Vertreters zu beschränken[3][4]. Dies kann der Bürgermeister auch nicht dadurch erreichen, daß er jede Angelegenheit an sich zieht. Eine solche Beschränkung der Vertretungsbefugnis ist zwar bei den übrigen Beigeordneten, jedoch nicht bei dem allgemeinen Vertreter möglich[5].

Handelt der allgemeine Vertreter daher in Überschreitung der ihm vom Bürgermeister durch Dienstanweisung gesetzten Vertretungsbeschränkung, so macht er sich zwar dienststrafrechtlich und, je nach den Umständen, auch zivil- und strafrechtlich haftbar[6]. Seine für die Gemeinde abgegebene Willenserklärung wird dadurch aber weder in ihrer Wirkung noch in ihrem Umfang beeinträchtigt[7]. Derjenige, der mit der Gemeinde über den allgemeinen Vertreter in Rechtsbeziehungen tritt, braucht sich deshalb auch nicht zu vergewissern, ob dieser im Rahmen seiner Vertretungsmacht handelt. Sein Vertrauen darauf wird vom Gesetz geschützt[8].

---

[1]) Amtl. Begründung, § 35 Ziff. 1.

[2]) Vgl. Surèn-Loschelder, § 35 Erl. 3; Küchenhoff-Berger, § 35 Anm. 1.

[3]) Zeitler - Bitter - v. Derschau, § 35 Erl. 1; Surèn-Loschelder, § 35 Anm. 3; Schlempp, S. 24; Amtl. Begründung § 35 Ziff. 1; Ausführungsanweisung, § 35 Ziff. 1.

[4]) A. A. Schattenfroh, § 35 Anm. 1a, der als einziger ein Recht zur Beschränkung der allgemeinen Vertretungsbefugnis bejaht.

[5]) Schattenfroh, § 35 Anm. 1a

[6]) Ausf. Anw. § 35 Ziff. 1.

[7]) Ausf. Anw. § 35 Ziff. 1.

[8]) RG. 71/222. Staudinger § 164 Anm. 7.

Kennt jedoch der Dritte die einschränkenden Dienstanweisungen oder mußte er erkennen, daß der allgemeine Vertreter die Interessen der Gemeinde verletzte[1], oder daß sein Handeln in Widerspruch mit dem Willen des Bürgermeisters stand[2], so kann er sich nicht auf die Vertretungsmacht des allgemeinen Vertreters berufen[3]. Ihm kann, falls das Geschäft nicht überhaupt nach § 138 BGB. als gegen die guten Sitten verstoßend nichtig ist, die Einrede der Arglist entgegengehalten werden[4].

Die Vertretungsmacht eines Beigeordneten kann entgegen der des allgemeinen Vertreters mit Wirkung nicht nur nach innen, sondern auch nach außen beschränkt werden. Im Innenverhältnis kann der Bürgermeister wie dem allgemeinen Vertreter so auch jedem Beigeordneten durch dienstliche Anweisung — deren Außerachtlassung nur dienststrafrechtliche Folgen nach sich ziehen, im übrigen aber die Wirksamkeit der von einem Beigeordneten abgegebenen Erklärungen nicht beeinträchtigen kann[5] — Beschränkungen jeder Art auferlegen[6][7].

Da die Vertretungsmacht des Beigeordneten an die Zuweisung eines Arbeitsgebiets gebunden ist, so kann die Fähigkeit des Beigeordneten, die Gemeinde mit Wirkung nach außen zu vertreten, dadurch genommen oder geändert werden, daß der Bürgermeister durch eine formlose Geschäftsverteilung[8] den Beigeordenten das Arbeitsgebiet ganz entzieht oder aber die betreffende Angelegenheit einem anderen Arbeitsgebiet überweist[9][10].

---

1) RG. 134/72.
2) RG. 52/99.
3) RG. 75/301; Staudinger § 167 Anm. 8b.
4) RG. 71/222. Staudinger § 164 Anm. 7.
5) Surèn-Loschelder, § 35 Anm. 4. Schattenfroh § 35 Anm. 1b.
6) Ausf. Best. § 35 Ziff. 2b; Zeitler-Bitter-v. Derschau, § 35, Erl. 2.
7) Auch hier gilt jedoch der Grundsatz, daß der Dritte, der die innerdienstliche Beschränkung kennt, sich nicht auf die Vertretungsmacht des Beigeordneten berufen kann.
8) Nauck, JW. 1936, S. 1573.
9) Groll, S. 59.
10) Eine Ausnahme besteht jedoch beim Kämmerer, dessen vom Gesetz eingeräumte Stellung und Vertetungsmacht der Bürgermeister durch die Geschäftsverteilung nicht ändern kann. (Kerrl-Weidemann, § 34, Erl. 1.)

Eine weitere Möglichkeit, die Vertretungsmacht der Beigeordneten mit Wirkung im Außenverhältnis zu beschränken, besteht darin, daß der Bürgermeister die Angelegenheit gemäß § 35 Abs. 2 S. 2 DGO. an sich zieht[1)2)]. Dadurch erlischt die Zuständigkeit des betreffenden Beigeordneten, noch weiterhin in einer bestimmten Angelegenheit für die Gemeinde tätig zu werden. Diese Möglichkeit wird für ihn erst wieder durch neue ausdrückliche Anordnung begründet[3)].

Die Vertretungsmacht eines beauftragten Beamten oder Angestellten erlischt durch Widerruf des Auftrags sowie mit der jederzeit formlos möglichen Rücknahme der dem Beigeordneten erteilten Ermächtigung. Auch ohne Rücknahme der Ermächtigung kann der Bürgermeister dem Beauftragten die Vertretungsmacht aufgrund seiner Stellung als Vorgesetzter durch Einzelverfügung direkt entziehen oder beschränken[4)].

Wird für die Erteilung des Vertretungsauftrages eine bestimmte Form gewählt, so bleibt die Vertretungsmacht solange bestehen, bis sie in der Form, in der sie mitgeteilt wurde, widerrufen ist (§ 171 Abs. 2 BGB.). Insoweit wird man mit Rücksicht auf die autoritäre Stellung der Gemeinde und das Vertrauen, welches ihre Vertreter im Rechtsverkehr genießen, die Vorschriften des Bürgerlichen Rechts über den Schutz gutgläubiger Dritter (§ 173 BGB.) auch im Gemeinderecht in analoger Anwendung gelten lassen müssen[5)6)].

So wie der dienstliche Auftrag die Vertretungsmacht begründet, so bestimmt er auch den Rahmen der Vertretungs-

---

1) Vgl. Schlempp, Gemeindetag, 1936, S. 57.

2) A. A. Nauck, JW. 1936, S. 1572; auch Kerrl-Weidemann § 35 Erl. 10 und Schattenfroh, § 35 Anm. 1b, die eine Beschränkung der Vertretungsmacht nach außen nur dann zulassen wollen, wenn das „An sich ziehen" nach außen erkenntlich ist. Dies ist m. E. nicht erforderlich. Die Kenntlichkeit wird sich aber im übrigen daraus ergeben, daß nunmehr der Bürgermeister unter seiner Amtsbezeichnung die Schriftstücke unterschreibt.

3) Vgl. auch Groll, S. 62.

4) Vgl. Groll, S. 73.

5) Zustimmend Schlempp, S. 34.

6) A. A. Nauck, JW. 1936, S. 1574, der sich auf den Standtpunkt stellt, daß die DGO. nicht durch privatrechtliche Vorschriften, welche sich nicht mit der Bedeutung der DGO. als besonderes Verfassungsgesetz vertragen, ergänzt werden könne.

macht nach außen. Handelt ein Beamter oder Angestellter daher in Überschreitung der Grenzen seines Auftrages, so handelt er ohne Wirkung für die Gemeinde.

4. Die Wirkung der Beschränkung.

Die Wirkung der Vertretungsbeschränkung kann sich im Innenverhältnis zwischen dem Beamten und dem Gemeindeverband wie auch im Außenverhältnis zwischen der für die Gemeinde handelnden Person und einem Dritten äußern.

Im Innenverhältnis kann die Verletzung der Vertretungsbeschränkung zivil- wie dienststrafrechtliche Folgen nach sich ziehen. So sind der allgemeine Vertreter wie auch die übrigen Beigeordneten und beauftragten Beamten der Gemeinde nach § 23 DBG für den Schaden haftbar, welcher der Gemeinde durch die Außerachtlassung der ihnen vom Bürgermeister auferlegten Beschränkungen entsteht[1]. Gleichzeitig stellt die Überschreitung der den Beigeordneten und beauftragten Beamten erteilten Dienstanweisung eine Verletzung der Gehorsamspflicht nach § 7 DBG. und damit ein Dienstvergehen im Sinne des § 22 Abs. 2 DBG. dar, was gemäß der Reichsdienststrafordnung (§ 4) je nach der Schwere des Vergehens mit Verwarnung, Verweis, Geldbuße, Gehaltskürzung, Kürzung oder Aberkennung des Ruhegehalts oder gar Entfernung aus dem Dienst geahndet wird[2].

Im Außenverhältnis kann die Außerachtlassung der Vertretungsbeschränkung die Nichtigkeit wie auch die (schwebende) Unwirksamkeit der vorgenommenen Rechtshandlung zur Folge haben.

Nichtig ist eine Rechtshandlung grundsätzlich dann, wenn sie gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und sich aus dem Gesetz nicht ein anderes ergibt (§ 134 BGB.)[3][4], wenn es im Gesetz ausdrücklich ausgesprochen ist (§ 104 Abs. 2

---

[1]) Ausf. Anw. § 35 Ziff. 1.
[2]) Brand, Reichsdienststrafordnung, S. 102 ff.
[3]) Schattenfroh, § 104 Anm. 6; Zeitler-Bitter-v. Derschau, § 104 Erl. 2.
[4]) z. B. die Entschließungen, welche ein nach § 25 DGO. von der Mitwirkung Ausgeschlossener selbst getroffen hat. (Kerrl - Weidemann, § 25 Erl. 6).

DGO.)[1] oder wenn einer anfänglich nur unwirksamen Rechtshandlung die Genehmigung versagt wird[2]. Gegen die guten Sitten verstoßend und demzufolge nach § 138 BGB. nichtig ist ein Rechtsgeschäft ferner dann, wenn der „Vertreter" unter bewußtem Mißbrauch der Vertretungsmacht und unter Mitwirkung des Dritten die Interessen der Gemeinde geschädigt hat[3].

Unwirksam sind gewisse Rechtshandlungen, solange die erforderliche Genehmigung staatlicher Aufsichtsbehörden (§ 104 Abs. 1 DGO.) sowie die Zustimmung des Beauftragten der NSDAP. zu bestimmten Entschließungen des Bürgermeisters (§ 33 DGO.) nicht erteilt sind[4].

Handelt der Bürgermeister vor seiner Ernennung oder nach seiner Abberufung, der allgemeine Vertreter vor seiner Anstellung oder nach seiner Entlassung, handeln die Beigeordneten ohne oder außerhalb ihres Arbeitsgebiets, oder nachdem der Bürgermeister die zur Zuständigkeit der Beigeordneten gehörige Angelegenheit an sich gezogen hat, und handeln die Beauftragten nach Rücknahme oder nicht im Rahmen ihrer Ermächtigung, so handeln sie als Vertreter ohne Vertretungsmacht[5]. Das Gleiche muß auch für denjenigen der zwei Unterzeichner gelten, welcher bei der notwendigen Zweitvollziehung nach § 36 Abs. 2 DGO. nicht vertretungsberechtigt ist.

Die Heilung einer aus den angeführten Gründen nichtigen Rechtshandlung ist nicht möglich. In Frage kommt lediglich eine Neuvornahme nach § 141 BGB. unter Beachtung aller wichtigen Erfordernisse. Ist die Rechtshandlung dagegen

---

[1] Verstöße gegen die gesetzlichen Vorschriften der §§ 60—103 DGO. haben nach § 104 Abs. 2 die Nichtigkeit nur in den Fällen der §§ 73 und 79 DGO. zur Folge. Insofern füllt § 104 Abs. 2 DGO. den Vorbehalt des § 134 BGB. aus. § 104 Abs. 2 ist eine Sondervorschrift, hinter der die allgemeine Regelung des § 134 BGB. zurücktritt. Hinsichtlich der Rechtsgeschäfte, die nicht unter die §§ 60—103 fallen, verbleibt es bei den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des § 134 BGB. (Schattenfroh, § 104 Erl. 6).

[2] Kerrl-Weidemann, § 104 Erl. 5.

[3] Albermann, S. 46.

[4] Vgl. im einzelnen die Aufzählung bei Kerrl-Weidemann, § 104 Erl. 2—6.

[5] Nauck, JW. 1936, S. 1575, der die Anwendung der Vorschrift der §§ 177 ff. BGB. insoweit zuläßt, als Wortlaut und Sinn der Deutschen Gemeindeordnung dem nicht entgegenstehen.

nur (schwebend) unwirksam, so wird sie durch die später — gegebenenfalls in der Form des § 36 Abs. 2 DGO.[1] — erfolgende Genehmigung mit rückwirkender Kraft voll wirksam (§§ 177 Abs. 1, 184 Abs. 1 BGB.)[2], es sei denn, daß infolge Formmangels überhaupt kein genehmigungsfähiges Geschäft vorliegt[3], z. B., ein Beigeordneter gibt außerhalb seines Arbeitsgebietes eine formlose Verpflichtungserklärung ab.

5. Die Vertreter kraft Vollmacht.

Neben den Organen als verfassungsmäßig berufene Vertreter der Gemeinde können noch andere Personen für die Gemeinde im Rechtsverkehr handelnd in Erscheinung treten. Es sind dies jene Personen, die ohne Organschaftsträger der Gemeinde zu sein, die Vollmacht besitzen, die Gemeinde rechtsgeschäftlich zu vertreten[4]. Dabei kann Bevollmächtigter jeder außenstehende Dritte, jeder Beamte und Angestellte, ja selbst jeder Arbeiter der Gemeinde sein[5]. Voraussetzung ist in jedem Fall aber, daß die Vollmacht auf den Namen der zu bevollmächtigenden Person und nicht auf eine bestimmte Dienststelle ausgestellt ist[6].

Die Vertretungsmacht der Bevollmächtigten bezieht sich ausschließlich auf Handlungen des bürgerlichen Rechtsverkehrs[7][8]. Die vertragliche Bestellung eines Stellvertreters zur Vornahme hoheitlicher Akte ist nicht möglich. Diese können allein von den Organen der Gemeinde getätigt werden. Auch sind nur die Organe als gesetzliche „Vertreter" der Gemeinde

---

[1]) KG. in R. u. Pr. VBl. Nr. 53 S. 857. In dieser Entscheidung wird die Formvorschrift des § 91 Abs. 1 der östlichen Provinzialordnung vom 29. Juni 1875, in der Fass. vom 22. März 1881 für anwendbar erklärt.

[2]) Vgl. auch Kerrl-Weidemann, § 104 Erl. 5; Surèn-Loschelder, § 104 Erl. 2.

[3]) KG. in RVBl. 1935, S. 598, RG. 121/17; Nauck, JW. 1936, S. 1576.

[4]) Vgl. dazu § 3 der 2. Durchf. VO. sowie Ausf. Anw. zu § 36 und zu § 3 Nr. 2 der 2. Durchf. VO. z. DGO.

[5]) Entgegen dem Wortlaut der Ausf. Best. will Hild, S. 35 nur die Bevollmächtigung von sonstigen, außerhalb der Gemeinde stehenden Personen zulassen.

[6]) Vgl. Ausf. Best. zu § 3 S. 2 Ziff. 2 der 2. Durchf. VO. zur DGO.

[7]) Ausf. Best. zu § 35 Ziff. 3 Abs. 2.

[8]) Laforet, S. 210 läßt die bürgerlichrechtliche Vollmacht nur für das fiskalische Handeln der Rechtspersönlichkeit des öffentlichen Rechts zu.

im Rahmen ihrer Zuständigkeit befugt, die Vollmacht zu erteilen[1]. Während jedoch dem Bürgermeister und seinem ständigen Vertreter dieses Recht uneingeschränkt zusteht[2], kann man den übrigen Beigeordneten eine solche allgemeine Befugnis nicht schlechthin einräumen. Die Beigeordneten haben dieses Recht vielmehr nur im Rahmen der Zuständigkeit ihres Arbeitsgebiets, d. h. sie können Vollmacht ohne besondere Ermächtigung nur für diejenigen Geschäfte übertragen, deren Erledigung ihnen auf Grund der durch den Bürgermeister vorgenommenen Zuweisung eines bestimmten Arbeitsgebiets selbst zusteht. Das Gleiche muß auch für die durch Zuständigkeitsübertragung zu „Vertretern" der Gemeinde berufenen Beamten und Angestellten gelten. Insofern trägt die Zuweisung eines Arbeitsgebiets wie auch die Zuständigkeitsübertragung das Recht, in diesem Rahmen Vollmacht zu erteilen, in sich[3]. Eine allgemeine Befugnis der Beigeordneten oder Beauftragten zur Bevollmächtigung würde eine unzulässige Ausweitung der durch den Rahmen des Arbeitsgebiets und der Zuständigkeitsübertragung begrenzten Rechte bedeuten.

Die Vollmacht kann grundsätzlich formlos erteilt werden, selbst dann, wenn für das durch den Bevollmächtigten abzuschließende Geschäft eine Form vorgeschrieben ist (§ 167 Abs. 2 BGB.). Einer besonderen Form bedarf die Vollmacht nur in den vom Gesetz besonders genannten Fällen, wobei eine schriftliche wie auch eine öffentlich beglaubigte Vollmacht erforderlich sein kann[4].

So sind öffentlich beglaubigte Vollmachten notwendig, wenn sie berechtigen sollen zur Abgabe von Geboten in der Zwangsversteigerung (§ 71 Abs. 2 ZVG); im Verkehr mit dem Grundbuchamt zur Stellung und Rücknahme von Anträgen (§§ 29—31 GBO), zur Vertretung in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, — z. B. auf dem Gebiet der Jugend-

[1]) Groll, S. 77.
[2]) Nauck, JW. 1936, S. 1574.
[3]) A. A. Groll, S. 79 und Schlempp S. 37.
[4]) Ist die Urkunde von der Gemeinde in der gehörigen Form ausgefertigt, so ist eine besondere öffentliche Beglaubigung nicht mehr erforderlich (§ 1 d. Ges. über d. Beglaubigung öffentl. Urkunden v. 1. 5. 1878). Vgl. auch Güthe-Triebel § 29 Anm. 36.

fürsorge — sowie bei der Gründung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zur Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrages. (§ 2 GmbH.-Ges.)[1].

Ferner ist schriftliche Vollmacht erforderlich zur Vornahme einseitiger Rechtsgeschäfte (wie Kündigung, § 174 BGB.), zur Führung eines Prozesses (§ 80 ZPO.) sowie dann, wenn in der Vollmachtserteilung gleichzeitig ein Verpflichtungsgeschäft für die Gemeinde wie z. B. ein Geschäftsbesorgungsvertrag enthalten ist[2].

Soll die Vollmacht den Bevollmächtigten zur Abgabe von Verpflichtungserklärungen für die Gemeinde berechtigen, so bedarf sie ebenfalls der Schriftform[3]. Dabei ist zu beachten, daß, sofern nicht der Bürgermeister selbst die Vollmacht erteilt, diese von zwei zur Vollmachtserteilung berechtigten Beamten oder Angestellten unterzeichnet sein muß[4].

Bedarf ein Rechtsgeschäft der aufsichtsbehördlichen Genehmigung, dann ist diese zur Wirksamkeit von Rechtshandlungen, die ein Bevollmächtigter vornimmt, genau so erforderlich, wie wenn die Handlung durch ein Organ der Gemeinde oder denjenigen, der die Vollmacht erteilt hat, vorgenommen worden wäre[5].

Die Erteilung von Vollmachten für Rechtshandlungen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts[6] sowie von Generalvollmachten ist unzulässig[7]. „Der Sinn des Verbots der Generalvollmacht liegt darin, daß nicht durch Vollmachterteilung Zuständigkeiten in einem Umfang übertragen werden sollen, wie sie vom Gesetz allein dem gesetzlichen Vertreter zugeteilt sind. Aus diesem Grunde dürfte eine derartige Generalvollmacht nicht nur nach der Ausführungsanweisung unzulässig, sondern auch rechtlich unwirksam sein. Die Übertragung aller öffentlichrechtlichen Zuständigkeiten durch

---

[1]) Enneccerus, § 171 Anm. 7.
[2]) RGRK. § 675 Anm. 1; Jansen, RVBl. 1935, S. 652.
[3]) Surèn-Loschelder, § 36 Erl. 3c, dd; Schattenfroh, § 35 Anm. 2.
[4]) So auch zustimmend Nauck, JW. 1936, S. 1574.
[5]) Nauck, JW. 1936, S. 1574.
[6]) Ausf. Best. § 35 Ziff. 3.
[7]) Ausf. Best. § 36 Ziff. 2a.

Generalvollmacht ist schlechthin unmöglich; aber auch für den bürgerlichen Rechtsverkehr gilt das gleiche, weil hierdurch die gesetzliche Vertretung der vom Vollmachtgeber vertretenen Gemeinde auf eine Person überginge, deren Ausstattung mit dieser Vertretungsbefugnis offensichtlich der vom Gesetz geordneten gesetzlichen Vertretung der Gemeinde widersprechen würde"[1]. Bezieht sich die Vollmacht jedoch nur auf einen „Kreis von Geschäften" (§ 3 der 2. DVO.), so steht deren Erteilung als Gattungsvollmacht nichts im Wege[2].

Die Vollmacht erlischt nach den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches durch Widerruf, der gegenüber dem Bevollmächtigten wie auch dem Dritten, demgegenüber eine Vertretung stattfinden soll, erklärt werden kann (§§ 168, 167 Abs. 1 BGB.). Das Vertrauen des Dritten auf das Fortbestehen der Vollmacht und damit der Vertretungsmacht wird jedoch da geschützt, wo die Bevollmächtigung ihm in besonderer Weise, sei es durch Mitteilung seitens des Vollmachtgebers, sei es durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben (§ 171 Abs. 1 BGB.) und nicht in derselben Form widerrufen (§ 171 Abs. 2 BGB.), oder, falls die Vollmacht schriftlich erteilt wurde, die Urkunde darüber nicht der Gemeinde zurückgegeben oder für ungültig erklärt worden ist (§ 172 BGB.), es sei denn, daß der Dritte das Erlöschen der Vollmacht kannte oder kennen mußte (§ 173 BGB.).

Ist die Vollmacht erloschen oder handelt der Bevollmächtigte in Überschreitung der Grenzen derselben, dann handelt er als Vertreter ohne Vertretungsmacht[3], also ohne Wirkung für die Gemeinde.

---

[1]) Engfer, Staats- und Selbstverwaltung, 1936, S. 423.

[2]) Ausf. Best. zu § 3 der 2. DVO., S. 2 Ziff. 3 und KG. in JW. 1936, S. 3136.

[3]) Nauck, JW. 1936, S. 1575.

II. Die Formvorschriften des § 36 Abs. 2 der Deutschen Gemeindeordnung.

1. Zweck der Formvorschriften.

Die im bürgerlichen Rechtsverkehr mit allen anderen Rechtssubjekten gleichgeordnete Stellung der Gemeinde bringt es mit sich, daß auch für die Gemeinde die allgemeingültigen Bestimmungen über die formlosen (mündliche oder stillschweigende) wie die formbedürftigen (schriftliche oder notarielle Beurkundung oder öffentliche Beglaubigung) Rechtshandlungen grundsätzlich Anwendung finden[1].

Unabhängig von diesen allgemeinen Vorschriften ist für öffentlichrechtliche wie auch für privatrechtliche[2] Verpflichtungserklärungen der Gemeinden die Innehaltung der schriftlichen Form und darüber hinaus die unter seiner Amtsbezeichnung vorzunehmende handschriftliche Unterzeichnung des Bürgermeisters, sowie, im Falle seiner Vertretung, die Unterschrift zweier vertretungsberechtigter Beamten oder Angestellten vorgeschrieben. (§ 36 Abs. 2 DGO.) Diese Formvorschriften sollen die Gemeinde, und nur die Gemeinde, vor übereilten und unüberlegten Erklärungen und Verpflichtungsübernahmen schützen[3]. Daher genügt es, daß nur die von der Gemeinde abgegebenen Verpflichtungserklärungen in der vorgeschriebenen Form vollzogen werden[4], während die Erklärungen ihrer Vertragsgegner — soweit nicht andere Gesetze die Innehaltung einer Form verlangen, — formlos sein können.

2. Die Verpflichtungserklärungen.

Die Verpflichtungserklärungen sind rechtsgeschäftliche Willenserklärungen, durch welche die Gemeinde nach außenhin verpflichtet werden soll[5]. Sie bestehen mithin aus einem

---

[1]) Amtl. Begr. § 36 Ziff. 2a; Ausf. Best. § 36 Ziff. 2b.
[2]) Amtl. Begr. § 36 Ziff. 2a; Kerrl-Weidemann, § 36 Erl. 4a.
[3]) Amtl. Begr. Ziff. 2.
[4]) Dabei ist streng darauf zu achten, daß alle wesentlichen Teile des Rechtsgeschäfts und, wenn das Rechtsgeschäft aus mehreren selbständigen Erklärungen besteht, alle Erklärungen einzeln von der Schriftform umfaßt werden. Vgl. RG. 154/44.
[5]) RG. 89/438.

Rechtsgeschäft, — das einseitig, zweiseitig oder unvollkommen zweiseitig sein kann — und einer Verpflichtung. Während das „Rechtsgeschäft" in diesem Zusammenhang eine private Willenserklärung ist, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deshalb eintritt, weil er gewollt ist[1]), besteht das Wesen der „Verpflichtung" in der Erzeugung rein obligatorischer Rechtsfolgen, die ausschließlich und unmittelbar die Person des Schuldners treffen[2]).

Eine Verpflichtungserklärung oder ein Verpflichtungsgeschäft im Sinne des § 36 Abs. 2 DGO. liegt jedoch nur dann vor, wenn die Erklärung der Gemeinde darauf a b z i e l t, eine Verpflichtung zu b e g r ü n d e n[3]). Daraus folgt, daß von einer Verpflichtung nur dann die Rede sein kann, wenn sie durch das Rechtsgeschäft „begründet", also ursprünglich erzeugt wird und nicht nur eine Nebenfolge des Rechtsgeschäfts darstellt[4]).

Von Bedeutung ist weiterhin, daß sich der Wille der Gemeinde auf die Begründung der Verpflichtung bezieht[5]). Dieser Wille wird immer dort erkennbar sein, wo die Gemeinde ausschließlich eine Verpflichtung übernehmen will, wie z. B. bei der Bürgschaft, dem Garantieversprechen, dem Schuldversprechen, Schuldanerkenntnis usw. Diese Verpflichtungserklärungen wird man als „eigentliche" bezeichnen können im Gegensatz zu den „uneigentlichen", bei denen die Verpflichtung nur die notwendige (gesetzliche) Folge des durch die Willenserklärung an sich erstrebten Erfolges ist[6]). Aber auch bei

---

[1]) Mot. z. BGB. I. 126.

[2]) Sohm, Arch. Bürg. R. 28 S. 192.

[3]) Ausf. Best. § 36 Ziff. 2a.

[4]) So wird z. B. mit der Aufnahme eines Darlehns die Verpflichtung zur Rückzahlung des Geldes „begründet" (§ 607 BGB.), während die Kündigung des Darlehns nur den Eintritt der im Darlehnsvertrag bereits begründeten Rückzahlungspflicht bezweckt (vgl. auch RG. 83/396). Der Kaufvertrag begründet die Pflicht zur Zahlung des Kaufpreises bezw. Übereignung des Gegenstandes, nicht jedoch zu der sich aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtung zum Schadensersatz bei Verzug, positiver Vertragsverletzung usw.

[5]) Dies ergibt sich daraus, daß die Erklärung auf die Begründung einer Verpflichtung „abzielt". Vgl. auch RG. 92/161 (163); Zeitler-Bitter-v. Derschau, § 36 Erl. 3.

[6]) Zahlung des Kaufpreises zum Zwecke der Erlangung des Eigentums.

letzteren muß der Wille der Gemeinde als auf die Begründung einer Verpflichtung gerichtet angesehen werden, sofern die Verpflichtung eine unmittelbare erkennbare Folge des Rechtsgeschäfts ist und mit diesem eine Wesenseinheit bildet, so daß der auf Erzielung eines bestimmten Erfolges gerichtete Wille notwendigerweise den Willen zur Übernahme der sich aus dem Rechtsgeschäft oder Gesetz ergebenden Verpflichtung mit umfaßt[1]). Damit sich der Wille auf die Verpflichtung erstrecken kann, muß sie eine ihrer Art, ihrem Umfang und dem Zeitpunkt ihrer Entstehung nach bestimmbare sein.

Vereinzelt wird in der Literatur der Unterschied gemacht zwischen Rechtsgeschäften, die auf die Begründung einer Verpflichtung abzielen und solche, die nur wirtschaftlich einem bestimmten Verpflichtungsgeschäft gleichkommen aber auch unter den Formzwang des § 36 Abs. 2 DGO. fallen[2]). Eine solche Unterscheidung ist m. E. auf Grund der gemachten Ausführungen über das Wesen der Verpflichtungserklärung[3]) unbegründet und nur dazu geeignet, einmal geschaffenen Rechtsbegriffen eine willkürliche Erweiterung zu geben.

Eine Verpflichtung kann durch eine bürgerlichrechtliche wie auch öffentlichrechtliche Erklärung begründet werden[4]).

---

[1]) So fällt z. B. die Genehmigung zur Schuldübernahme darunter, da die Genehmigung ihrem Wesen nach die Verpflichtung zur Folge hat „den bisherigen Vertragsgegner aus dem Vertrag nicht mehr in Anspruch zu nehmen und die Verpflichtung gegen den neuen Vertragsgegner, seine Leistung als Erfüllung sich gefallen zu lassen, ohne den Einwand aus dem Wechsel der Person zu erheben (RG. in JW. 1912, S. 96 Nr. 53). Weiterhin auch die Erteilung eines Kreditauftrages und der sich aus dem Gesetz ergebenden Verpflichtung, als Bürge zu haften, wobei der Wille, ein auf Kreditgewährung gerichteten Auftrag zu erteilen, von dem Willen, die gesetzliche Bürgenhaftung zu übernehmen, nicht zu trennen ist.

[2]) Siehe Schlempp, S 68, der in der Erteilung eines Kreditauftrages keine Bürgschaftsverpflichtung für die Gemeinde erblickt, weil die Haftung auf gestezlicher Vorschrift (§ 778 BGB.) beruht. In seiner Wirkung will Schlempp den Kreditauftrag aber trotzdem als Verpflichtungsgeschäft behandeln, weil er wirtschaftlich einer Bürgschaftsverpflichtung gleichkomme. Diese Ansicht ist m. E. irrig. Denn der Kreditauftrag kommt nicht nur wirtschaftlich einer Bürgschaft gleich, sondern begründet eine solche tatsächlich und rechtlich. (§ 778 BGB. . . . haftet dem Beauftragten . . . „als Bürge").

[3]) Vgl. S. 20/21.

[4]) Ausf. Best. § 36, Ziff. 2a. Vgl. dazu die Ausführungen in der Anm. 1.

Bürgerlichrechtliche Verpflichtungsgeschäfte sind alle diejenigen, bei deren Abschluß sich Gemeinde und Vertragsgegner gleichberechtigt gegenübertreten also vor allem die im Bürgerlichen Gesetzbuch geregelten Schuldverhältnisse, während bei Verpflichtungserklärungen öffentlichrechtlicher Art die Gemeinde dem anderen Teil als übergeordnete Rechtspersönlichkeit gegenübertritt, wie bei der Beamtenanstellung[1]), den Eingemeinungsverträgen usw.[2]).

Ebenso wie die auf Begründung einer ursprünglichen neuen Verpflichtung gerichtete Willenserklärung ist auch jenes Rechtsgeschäft dem Formzwang des § 36 Abs. 2 DGO. unterworfen, das für die Gemeinde auf der Grundlage einer bereits bestehenden eine von dieser abweichende Verpflichtung[3]) — und nicht nur eine Belastung — übernimmt[4]). So ist auf dem Gebiet des privaten Rechts als Beispiel das Wiederkehrschuldverhältnis[5]) zu nennen, das kraft einer, wenn auch stillschweigenden, Wiederholung des Vertragsschlusses fort und fort für weitere Zeitabschnitte oder für weitere Bezugsmengen neu entsteht, also nicht ein für alle mal begründet ist[6]), während auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts die Änderung

---

[1]) Durch RdErl. d. R. u. Pr. Min. d. I. vom 16. 12. 1937 (RMinBliV. S. 1961) wird besonders festgestellt, daß die Vollziehung der dem Beamten auszuhändigenden Ernennungsurkunde in der Form des § 36 Abs. 2 DGO. zu erfolgen hat. Bei der Anstellung von Ehrenbeamten ist die Beachtung der Form des § 36 Abs. 2 nicht erforderlich, (Kerrl-Weidemann, § 36 Erl. 5) da diese Anstellung keine Verpflichtung für die Gemeinde mit sich bringt, die Berufung von Ehrenbeamten vielmehr gerade eine Begründung von Verpflichtungen, wie sie anderen Beamten gegenüber entsteht, ausschließen soll. Nach § 27 DBG. ist wie bei allen Beamten, so auch bei den Ehrenbeamten, zur Begründung des Beamtenverhältnisses die Ausstellung und Aushändigung einer Urkunde erforderlich, in der die Worte, „unter Berufung in das Beamtenverhältnis" enthalten sind. Insoweit bleiben diese weitergehenden Vorschriften unberührt. Vgl. auch die Ausführung, daselbst.

[2]) Zeitler-Bitter-v. Derschau, § 36 Erl. 3.

[3]) Zeitler-Bitter-v. Derschau, § 36 Erl. 3.

[4]) Ausf. Best. § 36, Ziff. 2a.

[5]) Vgl. auch Schlempp, Gemeindetag, S. 89. Von dem Wiederkehrschuldverhältnis zu unterscheiden ist der Sukzessivlieferungsvertrag, der ein einheitlicher Vertrag ist, gerichtet auf Lieferung einer fest bestimmten Menge gegen ein fest bestimmtes Entgelt, bei dem die Erfüllung in zeitlich getrennten, bestimmten Raten erfolgen und für jede Rate eine abgesonderte Zahlung geleistet werden soll (RG. 138/336).

[6]) So Jaeger, KO. § 17, Anm. 18a.

eines bestehenden Beamtenverhältnisses, z. B. die Anstellung eines Kündigungsbeamten auf Lebenszeit, die Beförderung eines Beamten usw.[1] in Betracht kommt.

Nicht unter die formbedürftigen Verpflichtungserklärungen fallen die dinglichen Rechtsgeschäfte, zu denen auch die Verfügungen sowie Tatsachenerklärungen und verfahrensrechtliche Handlungen gehören.

Die Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, durch welches ein Recht unmittelbar übertragen, belastet, geändert oder aufgehoben wird[2]. Im Gegensatz zu bloßen Verpflichtungsgeschäften, durch welche nur die Rechtslage einer Person im Verhältnis zu einer anderen geändert wird, bedeutet die Verfügung die unmittelbare Einwirkung des Berechtigten auf das Recht, wodurch dieses, sei es in seinem Bestande oder in dem Verhältnis des Berechtigten zu ihm, eine Veränderung irgendwelcher Art erleidet[3].

Verfügungen[4] in diesem Sinne sind Übertragungen von Eigentum oder Besitz, Auflassungen, Löschungsbewilligungen, Bewilligungen von Rangänderungen oder Vormerkungen, Verzichte, Annahme von Schenkungen, Stundung, Aufrechnung, Vergleiche, sofern in letzteren keine neue Verpflichtung übernommen wird, sowie die rechtsgestaltenden Erklärungen wie Kündigung, Einwilligung, Genehmigung, Rücktritt und Widerruf. Enthält eine solche Verfügung gleichzeitig eine Verpflichtung, so wird das Rechtsgeschäft als Verpflichtungserklärung betrachtet und unterliegt somit der Form des § 36 Abs. 2 DGO. Von den Tatsachenerklärungen[5] seien die Quittung und die Bestätigung, von den verfahrensrechtlichen Handlungen[6] die Prozeßanträge und Grundbuchanträge genannt.

Nicht immer wird jedoch bei einem Rechtsgeschäft, welches die Gemeinde abschließt, klar erkennbar sein, ob darin eine Verpflichtung enthalten ist. Dies wird sich nur von Fall zu Fall entscheiden lassen.

---

[1] Zeitler-Bitter-v. Derschau, § 36 Erl. 3.
[2] RG. 92/35.
[3] RG. 90/399.
[4] [5] [6] Vgl. die umfassende Aufzählung bei Zeitler-Bitter-v. Derschau, § 36 Erl. 3.

Zusammengefaßt sei folgendes festgestellt:

Eine verpflichtende Erklärung im Sinne von § 36 Abs. 2 DGO. ist eine öffentlich- oder privatrechtliche Willenserklärung, die auf die Begründung einer ihrer Art nach bestimmbaren Verpflichtung abzielt. Sie liegt auch dann vor, wenn der Geschäftswille zwar nicht unmittelbar auf die Begründung einer Verpflichtung gerichtet ist, diese aber ihrem Wesen nach die unmittelbare, erkennbare Folge des eigentlich gewollten Rechtsgeschäfts darstellt, so daß der auf die Erzielung eines bestimmten Rechtserfolges gerichtete Wille den Willen, eine Verpflichtung zu übernehmen, mit umfaßt.

3. Weitergehende Formvorschriften anderer Gesetze werden durch § 36 Abs. 2 DGO. nicht berührt.

Neben ihrem verpflichtenden Charakter können die Willenserklärungen der Gemeinde auch gleichzeitig die Merkmale derjenigen Rechtsgeschäfte aufweisen, für welche andere Gesetze entweder zu ihrer materiellen Wirksamkeit oder auch nur im Interesse eines einfacheren Geschäftsverkehrs die Wahrung einer besonderen Form vorschreiben. Insoweit bleibt ihre Beachtung neben der Innehaltung der Formvorschrift des § 36 Abs. 2 DGO., Pflicht der Gemeinde[1) 2)].

Wo aber die auf Grund anderer Gesetze erforderliche Form zum Teil die gleiche ist, wie die des § 36 Abs. 2 DGO., — also die Schriftform bei einem Schuldanerkenntnis und bei der Bürgschaft auf Grund von § 781 BGB. und § 766 BGB. — wird diese Schriftform von § 36 Abs. 2 mit umfaßt, wie auch umgekehrt ein formgültiges Rechtsgeschäft die Schriftform des § 36 Abs. 2 ersetzt. Im übrigen müssen aber die Formerforder-

---

[1]) Amtl. Begr. § 36 Ziff. 2a; Ausf. Best. § 36 Ziff. 2b.

[2]) So z. B. die besonderen Erfordernisse einer Wechselurkunde nach Art. 1 WG. oder eines Schecks nach Art. 1 ScheckG. (Vgl. auch über die Ausstellung von Wechseln durch die Gemeinde: Schupp, Bankarchiv, Nr. 35, S. 577), ferner die Beifügung von Stempel oder Siegel zu einem Eintragungsersuchen der Gemeinde an das Grundbuchamt. (§ 29 Abs. 3 GBO.). Vgl. auch KG. in DJ. 1935, S. 969 mit Anm. von Saage.

nisse beider Gesetze erfüllt sein[1]). Ohne praktische Bedeutung sind die weitergehenden Formvorschriften jedoch dann, wenn sie die öffentliche Beglaubigung gemeindlicher Verpflichtungserklärungen betreffen. Denn eine Urkunde, die von einer inländischen öffentlichen Behörde — also der Gemeinde — aufgenommen oder ausgestellt ist, bedarf zum Gebrauch im Inland einer weiteren Beglaubigung nicht[2]). Ebenso können auch die erforderlichen gerichtlichen oder notariellen Beurkundungen von Grundstücksverpflichtungsverträgen, an denen die Gemeinde beteiligt ist, gemäß Art. 142 EGBGB. in Verbindung mit Art. 12 § 2 des Preuß. Ausführungsgesetzes z. BGB. durch die einfache Beurkundung ihrer eigenen Beamten ersetzt werden[3]). Diese Möglichkeit bezieht sich jedoch nur auf die eigenen Angelegenheiten der Gemeinde. Die Erklärungen ihres Gegners zu beglaubigen oder zu beurkunden, ist die Gemeinde nicht befugt[4]).

4. Art der Unterzeichnung.

Alle Verpflichtungserklärungen unterzeichnet der Bürgermeister allein. Dies ist der Ausdruck seiner Führerstellung und folgt aus der Tatsache, daß ihn die ausschließliche Verantwortung für die Verwaltung der Gemeinde trifft.

Die Unterzeichnung muß handschriftlich und unter der Amtsbezeichnung des Bürgermeisters erfolgen (§ 36 Abs. 2 S. 2 DGO.). Dies besagt natürlich nicht, daß der Name räumlich unter die Amtsbezeichnung zu setzen ist, sondern lediglich, daß die Urkunde außer der Amtsbezeichnung „Der Bürgermeister" („Der Oberbürgermeister") noch dessen Namen zu enthalten hat. Doch muß aus ihr erkennbar hervorgehen, daß der Unter-

---

[1]) Z. B.: in der Ernennungsurkunde eines Beamten ist die nach § 36 Abs. 2 DGO. erforderliche Schriftlichkeit der Erklärung mit enthalten. Abgesehen davon ist aber die Hinzufügung der Amtsbezeichnung bezw. Vertretungsbezeichnung und einer zweiten Unterschrift einerseits, und der nach § 27 DBG. erforderlichen Worte „unter Berufung in das Beamtenverhältnis" andererseits notwendig.

[2]) § 1 des Ges. vom 1. 5. 1878 (RGBl. S. 89).

[3]) Güthe-Triebel, § 29 Anm. 36 und zustimmend KG. in HRR. 1937, S. 1494. Kerrl-Weidemann, § 36 Erl. 2d.

[4]) Güthe-Triebel, § 29 Anm. 36.

zeichner der Leiter der Gemeinde ist und in dieser Eigenschaft für die Gemeinde gehandelt hat[1].

Unterzeichnet der Bürgermeister die Erklärungen der Gemeinde nicht selbst, sondern wird er dabei vertreten, so haben zwei vertretungsberechtigte Beamte oder Angestellte zu unterschreiben (§ 26 Abs. 2 S. 3) und zwar ebenfalls unter der Amtsbezeichnung des Bürgermeisters. Unter „vertretungsberechtigten Beamten und Angestellten" versteht das Gesetz sowohl die Beigeordneten einschl. des allgemeinen Vertreters wie auch die durch Zuständigkeitsübertragung beauftragten Personen. Ihr Vertretungsverhältnis bringen die Beigeordneten durch die Worte „in Vertretung", und die nach § 35 Abs. 3 Beauftragten durch den Zusatz „im Auftrage" zum Ausdruck[2].

Eine Besonderheit gilt jedoch dann, wenn die Aufsichtsbehörde für die Gemeinde eine verpflichtende Erklärung nach § 111 DGO. abgibt oder ein nach § 112 DGO. von der Aufsichtsbehörde Beauftragter die Aufgaben der Gemeinde wahrnimmt. Ersteres kann immer dann geschehen, wenn die Gemeinde eine Anordnung der Aufsichtsbehörde nicht ausreichend erledigt hat[3]. In diesem Falle muß die Erklärung zwar schriftlich erteilt werden, sie braucht jedoch weder unter der Amtsbezeichnung des Bürgermeisters abgegeben zu werden, noch ist die Vollziehung durch zwei vertretungsberechtigte Beamte oder Angestellte erforderlich. Die Aufsichtsbehörde handelt nicht anstelle des Bürgermeisters, sondern anstelle der Gemeinde[4]. Sie zeichnet daher unter der Bezeichnung der Aufsichtsbehörde und unter Angabe des Vertretungsverhältnisses, aber mit dem dienstlichen Hinweis, daß die Erklärung für die Gemeinde abgegeben wird[5].

Die Art der Unterzeichnung des nach § 112 DGO. von der Aufsichtsbehörde bestellten Staatskommissars richtet sich nach dem Inhalt des Auftrages. Hat der Staatskommissar danach

---

[1]) Kerrl-Weidemann, § 36 Erl. 4b u. Entscheidung des LG. Hirschberg, in RVBl. 1935, S. 649.
[2]) Ausf. Best. § 35 Ziff. 4.
[3]) Ausf. Best. § 111 Ziff. 1.
[4]) Kerrl-Weidemann, § 36 Erl. 4g u. Schattenfroh, § 111, Anm. 2.
[5]) Kerrl-Weidemann, § 111 Erl. 2.

die Geschäfte der Gemeinde oder des Bürgermeisters wahrzunehmen, so wird er die Verpflichtungsurkunde allein unter der Amtsbezeichnung „Der mit der Wahrnehmung der Geschäfte des Bürgermeisters Beauftragte der Aufsichtsbehörde" zu vollziehen haben[1]. Liegt hingegen nur die Beauftragung mit dem Arbeitsgebiet eines Beigeordneten vor, so wird seine Erklärung zu ihrer Wirksamkeit einer Zweitunterschrift bedürfen[2].

Verpflichtungserklärungen können daher unterzeichnen:

in Einzelunterschrift:

1. der Bürgermeister[3],
2. die Aufsichtsbehörde und
3. evtl. der Staatskommissar;

in Verbindung mit einer anderen Person:

1. der allgemeine Vertreter mit dem Vertreter des betreffenden Arbeitsgebiets oder mit einem für diese Angelegenheit besonders beauftragten Vertreter,
2. zwei für das betreffende Arbeitsgebiet zuständige oder für eine betreffende Angelegenheit besonders beauftragte Vertreter,
3. der Vertreter in einem bestimmten Arbeitsgebiet zusammen mit einem für die betreffende Angelegenheit besonders beauftragten Vertreter.

In allen diesen Fällen muß die Unterzeichnung handschriftlich erfolgen, die Verwendung von Stempeln oder die Beglaubigung gedruckter Unterschriften ist ausgeschlossen[4] [5].

---

[1]) Kerrl-Weidemann, § 36 Erl. 4g.

[2]) Kerrl-Weidemann, § 36 Erl. 4g.

[3]) In Stadtkreisen der Oberbürgermeister, nicht der Bürgermeister, da diese Bezeichnung der erste Beigeordnete führt.

[4]) Ausf. Best § 36 Ziff. 2b.

[5]) Eine Ausnahme gilt nur für die Inhaberschuldverschreibungen, bei denen im Interesse des Verkehrs die im Wege mechanischer Vervielfältigung hergestellte Unterschrift genügt (Schlempp, S. 82 Anm. 321).

5. Wirkung des Formmangels.

Die Beachtung der in § 36 Abs. 2 DGO. enthaltenen Formvorschrift ist Voraussetzung dafür, daß die Erklärungen der Gemeinde als Organhandlungen anzusehen sind. Sind die Formvorschriften nicht erfüllt, so liegt keine Organhandlung vor, das Rechtsgeschäft ist also nicht zustandegekommen[1]. Es ist nichtig[2], und die durch die Willenserklärung beabsichtigten Rechtsfolgen können nicht eintreten. Dies gilt bei Verletzung der Schriftform wie beim Fehlen der Amtsbezeichnung[3], bei Verletzung des Erfordernisses handschriftlicher Unterzeichnung[4] wie beim Fehlen der zweiten Unterschrift[5].

Ohne Wirkung ist es jedoch, wenn die Bekanntgabe des Vertretungsverhältnisses durch die Worte „in Vertretung" oder „im Auftrage" — wie es die Ausführungsbestimmung zu § 35 Ziff. 4 vorschreibt — unterbleibt. Insofern ist diese Vorschrift nicht zwingend und beeinträchtigt nicht das Wesen der Erklärung als Organhandlung.

Gibt nun die Gemeinde eine Willenserklärung ab, welche nach den Vorschriften des Privatrechts wie auch denen des § 36 Abs. 2 DGO. einer Form bedarf, so beurteilen sich die Folgen der Formverletzung sowohl nach den für das einzelne Rechtsgeschäft des privaten Rechts wie auch nach den für die Verpflichtungserklärungen der Gemeinde geltenden Grundsätzen[6]. Wenn also beispielsweise eine Scheckurkunde nicht die nach dem Scheckgesetz erforderlichen Formerfordernisse enthält, sonst aber in der Form des § 36 Abs. 2 DGO. vollzogen ist, liegt keine gültige Scheckverpflichtung vor (Art. 2 SchG.).

---

[1]) Helfritz, S. 121.

[2]) Ausf. Best. § 36, 2b sowie die Kommentare zur DGO. Vgl. auch dazu Staudinger, § 125, Anm. 21.

[3]) Hier können die Handelnden aber nach § 164 BGB. unter Umständen selbst in Anspruch genommen werden.

[4]) Krebs, in Dtsch. Rechtspflege, 1936, S. 124; „Unterzeichnung durch Stempelaufdruck oder bloße Beglaubigung einer gedruckten Namensunterschrift begründet noch keine Verpflichtung der Gemeinde."

[5]) Dies trifft aber nur zu, wenn die zweite Unterschrift ganz fehlt, nicht, wenn der eine der Unterzeichner keine Vertretungsmacht hat. Dann ist die Verpflichtungserklärung nur unwirksam. (Vgl. auch die Ausführungen S. 14.)

[6]) Vgl. auch Helfritz, S. 120/21.

Andererseits ist aber auch eine den Vorschriften des Scheckgesetzes entsprechende Urkunde ohne Beachtung der Form des § 36 Abs. 2 DGO. nichtig.

Nicht anders ist die Rechtslage bei Abgabe von Willenserklärungen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts[1]. Denn, erfüllt ein Verwaltungsakt nicht die für ihn notwendigen Formvorschriften, so ist er entweder nicht existent[2], ungültig[3] oder nichtig[3], auch wenn die Form des § 36 Abs. 2 DGO. gewahrt ist. Liegt aber ein an sich allen Erfordernissen entsprechender gültiger Verwaltungsakt vor, und ist nur die Form des § 36 Abs. 2 DGO. nicht gewahrt, so hat dies auf den Verwaltungsakt die gleiche Wirkung wie auf jede Willenserklärung des privaten Rechts. Sie macht den Verwaltungsakt nichtig.

Die auf Verletzung der Form des § 36 Abs. 2 DGO. beruhende Nichtigkeit einer Willenserklärung ist grundsätzlich nur durch eine erneute, den notwendigen Formen entsprechende Vornahme heilbar (§ 141 BGB.), wozu jedoch die formgerechte Bezugnahme auf den früheren Inhalt des Rechtsgeschäfts genügt[4]. Eine nachträgliche Beseitigung des Formmangels[5] kann aber ebensowenig wie ein formloses Anerkenntnis oder gar eine Genehmigung[6] die Heilung der Nichtigkeit herbeiführen.

Ausnahmsweise wird aber eine Heilung der wegen Formmangels nichtigen Erklärung dann zuzulassen sein, wenn entweder die Gemeinde allein oder die Gemeinde und der Vertragsgegner die ihnen aus dem Rechtsgeschäft obliegenden Verpflichtungen erfüllt haben[7]. In diesem Falle steht der Sinn

---

[1]) So auch Häusler, S. 26; Schlempp, S. 88.

[2]) So z. B. die Ernennung eines Beamten, wenn in der Urkunde nicht die Worte enthalten sind „unter Berufung in das Beamtenverhältnis" oder ihm die Urkunde gar nicht ausgehändigt wurde. (§ 27 DGB.) Vgl. dazu auch Andersen, S. 118.

[3]) Vgl. auch Kormann, S. 260 ff.; Jellinek, S. 269 ff.; Fleiner, S. 203 ff. und Andersen, S. 109 ff. u. 139 ff.

[4]) Staudinger, § 141 Anm. 3.

[5]) Engfer, Staats- und Selbstverwaltung, S. 425.

[6]) Die Genehmigung setzt ein schwebend unwirksames Geschäft voraus. Bei einem nichtigen Geschäft ist aber keine Grundlage für eine Genehmigung vorhanden. (Vgl. auch RG. 121, S. 17; 139/64 ff.)

[7]) So im Ergebnis auch Staudinger, § 125 Anm. 25—31; Schneider, JW. 35/2031; Engfer, Staats- u. Selbstverwaltung, 1935, S. 495.

der Vorschrift des § 36 Abs. 2 DGO., nämlich die Gemeinde vor unüberlegten und übereilten Erklärungen zu schützen[1] und klarzustellen, welche Verpflichtungen sie im Einzelfalle übernimmt, einer Heilung durch Erfüllung nicht mehr entgegen. Denn die eigene Erfüllung bringt der Gemeinde die Bedeutung des Rechtsgeschäfts ebenso zum Bewußtsein wie die Beobachtung der Formvorschriften[2]. Dieser Grundsatz gilt aber nicht, wenn nur der Vertragsgegner den Vertrag erfüllt hat, da die Vorschrift des § 36 Abs. 2 DGO. lediglich dem Schutz der Gemeinde dient.

Erfordert eine gemeindliche Willenserklärung die Beachtung der Formvorschriften des § 36 Abs. 2 wie auch die eines anderen Gesetzes, und ist eine davon nicht eingehalten, so richtet sich die Möglichkeit der Heilung nach den Rechtsgrundsätzen, die für die gerade verletzte Form gelten[3]. Dabei ist jedoch zu beachten, daß in den meisten Fällen der Rechtsakt der Heilung nur einheitlich für beide Formen wird vollzogen werden können[4].

Das Gleiche gilt auch bei den Verpflichtungserklärungen öffentlichrechtlicher Art. Nur ist dabei zu beachten, daß die Heilung des nichtigen wie auch des fehlerhaften Verwaltungsaktes sich nach den dafür besonders geltenden Grundsätzen vollzieht[5].

6. Befreiung von dem Formzwang des § 36 Abs. 2 DGO.

Zugunsten der Geschäfte der laufenden Verwaltung, die für die Gemeinde geldlich von nicht erheblicher Bedeutung sind, gilt nach § 3 der 2. DVO. zur DGO. die

---

[1]) Amtl. Begr. § 36, Ziff. 2.

[2]) Schneider in JW. 1935, S. 2031.

[3]) In vielen Fällen ergibt sich die Möglichkeit der Heilung aus positiven Vorschriften, z. B. §§ 313, 518, 766, 2301 BGB. Die Heilung durch Erfüllung wird für das ganze Gebiet des bürgerlichen (privaten) Rechts für möglich gehalten (Staudinger, § 125 Anm. 25—31).

[4]) So im Falle der Neuvornahme nach § 141 BGB. Entspricht z. B. eine Urkunde nicht den Formerfordernissen des Wechselgesetzes, wohl aber denen des § 36 Abs. 2 DGO. oder umgekehrt, so wird die Neuvornahme nur durch Ausstellung eines neuen Wechsels möglich sein, der sowohl den Erfordernissen des WG. wie auch denen des § 36 Abs. 2 DGO. entspricht. Dies muß natürlich erst recht bei Verletzung beider Formerfordernisse gelten.

[5]) Fleiner, S. 208; Jellinek, S. 264 ff.; Kormann, S. 207.

Ausnahme, daß derartige Geschäfte nicht der Form des § 36 Abs. 2 bedürfen. Das Erfordernis des § 3 der 2. DVO. ist ein doppeltes. Einmal müssen diese Geschäfte der „laufenden Verwaltung" angehören, und zum andern für die Gemeinde „geldlich nicht von erheblicher Bedeutung" sein.

Welche Geschäfte zur laufenden Verwaltung gehören, wird sich in der Hauptsache danach richten, welcher Art sie sind und wie häufig sie in dem Verwaltungsbetrieb der Gemeinde auftreten, so daß auf Grund ihres Charakters und ihrer Wiederkehr[1]) eine klare Übersicht über die möglichen Auswirkungen gewonnen und ein unüberlegter und übereilter Abschluß eines Geschäfts mit demzufolge unübersehbaren Folgen (was durch die Formvorschrift des § 36 Abs. 2 verhindert werden soll[2])) nicht möglich sein kann. Man wird deshalb ganz allgemein sagen können, daß zu den Geschäften der laufenden Verwaltung diejenigen zählen, deren Eingehung nicht gegen den Rechtsschutzgedanken des § 36 Abs. 2 DGO. verstößt. Ein weiteres Merkmal wird — negativ gesehen — dieses sein, daß zu den Geschäften der laufenden Verwaltung nie solche gehören können, für die eine Beratungspflicht[3]) oder eine Genehmigungspflicht[4]) gesetzlich bestimmt ist.

Nicht beizustimmen ist der Ansicht von Engelhard[5]), daß auch die Größe des Geschäfts dafür maßgebend ist, ob es zur laufenden Verwaltung gehört, sowie der von Schlempp[6]) geäußerten Meinung, daß die Geringfügigkeit als Begriffsmerkmal des Geschäfts der laufenden Verwaltung zu gelten habe. Denn Sinn der Ausnahmevorschrift des § 3 der 2. DVO. ist doch der, den Erfordernissen des Verkehrs entsprechend diejenigen Geschäfte von der Formbedürftigkeit auszunehmen, welche die Gemeinde dauernd tätigen muß und deren Auswirkungen sie demzufolge klar übersehen kann, ohne immer wieder durch Innehaltung der Form neue Erwägungen anstellen zu müssen.

---

1) So zustimmend auch Kerrl-Weidemann, § 36 Erl. 4e.
2) Amtl. Begr. § 36 Ziff. 2.
3) Ausf. Best. zu § 3 der 2. DVO. Ziff. 2.
4) Zeitler-Bitter-v. Derschau, § 36 Erl. 5.
5) In RVBl. 1932, S. 425.
6) Schlempp, S. 76.

Wollte man den Begriff des Geschäfts der laufenden Verwaltung auch nach dessen Umfang oder dessen Geringfügigkeit bestimmen, so wäre das weitere Erfordernis des § 3 der 2. DVO. „geldlich von nicht erheblicher Bedeutung" überflüssig. Wenn das Oberverwaltungsgericht[1] zur laufenden Verwaltung außer der Vorbereitung und Ausführung von Gemeindebeschlüssen alle diejenigen Geschäfte zählt, welche in mehr oder minder regelmäßiger Wiederkehr vorkommen und zugleich sachlich von weniger erheblicher Bedeutung sind, so wird man diese Begriffsbestimmung heute nicht mehr als maßgebend ansehen können. Sie hatte nur solange Bedeutung, als nicht eine gesetzliche Definition vorlag, die das Erfordernis „geldlich von nicht erheblicher Bedeutung" neben den Begriff des Geschäfts „der laufenden Verwaltung" stellte.

Zusammenfassend kann daher folgendes gesagt werden:

> Geschäfte der laufenden Verwaltung sind solche Geschäfte, für die keine gesetzliche Beratungs- oder Genehmigungspflicht besteht und bei denen auf Grund der Beständigkeit, der Art und der Häufigkeit der Wiederkehr für die Gemeinde eine klare Übersicht über die zu übernehmende Verpflichtung und die entstehenden Rechtsfolgen ohne besondere Prüfung des einzelnen Geschäfts gegeben ist.

Wesentlich schwieriger ist es, eine Norm dafür zu finden, welche Geschäfte für die Gemeinde geldlich von nicht erheblicher Bedeutung sind. Hier werden neben der Art des abzuschließenden Geschäfts vor allem auch die Verhältnisse[2] und die Größe der Gemeinde mitbestimmend sein. Als in der Hauptsache entscheidend wird es angesehen werden können, ob ein Geschäft für die Gemeinde ein Risiko und in welchem Umfange mit sich bringt[3]. Doch wird man nicht, wie es das Reichsgericht Bd. 116/249—50 getan hat, auch den aus einem Geschäft „erhofften Gewinn" der Beurteilung

[1] OVG. 70/119.

[2] Vgl. Ausf. Best. zu § 3 der 2. DVO.

[3] Vgl. auch die umfangreiche Aufzählung von Beispielen bei Zeitler-Bitter-v. Derschau, § 36 Erl. 5.

zugrundelegen können. Denn schließlich sollen die Formvorschriften die Gemeinde vor Verlusten und nicht vor Gewinnen schützen, und demzufolge nur diejenigen Geschäfte formfrei sein, bei denen keine Verpflichtungen für die Gemeinde zu erwarten sind.

Eine weitere Ausnahme von dem Formzwang gilt gemäß § 3 S. 2 der DVO. zur DGO. zugunsten derjenigen Geschäfte, „die ein für das Geschäft oder einen Kreis von Geschäften ausdrücklich Bevollmächtigter abschließt, wenn die Vollmacht in der Form des § 36 Abs. 2 DGO. erteilt ist". Dabei macht es keinen Unterschied, welcher Art das abzuschließende Geschäft ist. Die Ausnahme gilt sowohl für Geschäfte der laufenden Verwaltung wie für jede sonstige Willenserklärung der Gemeinde[1]. Nur Erklärungen öffentlichrechtlicher Art kann der Bevollmächtigte nicht abgeben. Denn die Vollmacht ist eine Einrichtung des zivilen Rechts und berechtigt daher nur zur Abgabe von Erklärungen im bürgerlichen Rechtsverkehr[2].

Die Vollmacht muß in der Form des § 36 Abs. 2 DGO. erteilt sein, d. h. sie muß der Form entsprechen, in der die Organe ihre Verpflichtungserklärungen für die Gemeinde abgeben. Daraus folgt, daß die durch den Bürgermeister ausgestellte Vollmacht unter seiner Amtsbezeichnung und die von den übrigen Vertretungsberechtigten, Beamten und Angestellten erteilte Vollmacht von zwei dieser Personen ebenfalls unter der Amtsbezeichnung des Bürgermeisters handschriftlich zu vollziehen ist. Ist die Vollmacht nur von einem der Vertreter des Bürgermeisters unterzeichnet, dann ist dem Formerfordernis des § 36 Abs. 2 nicht Genüge getan. Die Vollmacht gilt in diesem Falle nur zur Vertretung dieses einen Unterzeichneten, und der Bevollmächtigte kann eine Verpflichtungserklärung weder allein noch mündlich abgeben. Fehlt auf der Vollmachtsurkunde die Amtsbezeichnung des Bürgermeisters, so ist die Vollmachtserteilung nichtig.

Für den Fall, daß die Aufsichtsbehörde (§ 111 DGO.) oder der Staatskommissar (§ 112 DGO.) eine dritte Person bevoll-

[1]) Ausf. Best. § 3 S. 3 Ziff. 1.
[2]) Vgl. auch Ausf. Best. zu § 3 S. 2 Ziff. 1 und Ausf. Best. zu § 35 Ziff. 3.

mächtigt, gilt für die Form der Vollmacht das Gleiche wie für die Unterzeichnung einer sonstigen für die Gemeinde abzugebenden Erklärung.

Die Ausnahmen des § der 2. DVO. zur DGO. beziehen sich aber einzig und allein nur auf den Formzwang des § 36 Abs. 2 der Deutschen Gemeindeordnung, also auf das Erfordernis der Schriftlichkeit, der zwei Unterschriften im Falle der Vertretung und auf die Notwendigkeit, die Erklärung unter der Amtsbezeichnung des Bürgermeisters handschriftlich zu vollziehen. Alle außerhalb der Deutschen Gemeindeordnung bestehenden Vorschriften werden dagegen von dieser Ausnahmebestimmung nicht betroffen. Dies gilt sowohl bei Abschluß eines Geschäfts der laufenden Verwaltung wie auch für die auf Grund formgerechter Vollmacht vorgenommenen Geschäfte.

Demnach muß ein Geschäft der laufenden Verwaltung in der Form abgeschlossen werden, welche für dieses Geschäft auf Grund außerhalb der Deutschen Gemeindeordnung bestehender gesetzlicher Bestimmungen noch besonders vorgesehen ist[1]. Das Gleiche gilt für die Vollmacht. Die in der Form des § 36 Abs. 2 erteilte Vollmacht berechtigt nur zur Abgabe von Willenserklärungen, die zu ihrer Wirksamkeit keiner strengeren Form als der des § 36 Abs. 2, (also vornehmlich Schriftlichkeit) bedürfen. Soll die Vollmacht auch zum Abschluß von Rechtsgeschäften ermächtigen, die nach sonstigen Vorschriften der Beachtung einer besonderen Form (öffentl. Beglaubigung oder gerichtliche oder notarielle Beurkundung) unterworfen sind, so ist auch diese Form neben der des § 36 Abs. 2 DGO. für die Ausstellung der Vollmacht zu beachten[2].

---

[1] z. B. Schriftform bei Mietverträgen für die Dauer von über einem Jahr, wenn die Eingehung von Mietverträgen — durch eine gemeindliche Wohnungsbaugesellschaft z. B. — zu den Geschäften der laufenden Verwaltung gehört. Geschäfte, die zu ihrer Wirksamkeit der öffentl. Beglaubigung oder gerichtl. oder notariellen Beurkundung bedürfen, werden dagegen kaum zu den „laufenden Geschäften" der Gemeinde gerechnet werden können.

[2] Vgl. auch die Ausführungen über die Vollmacht, S. 16/17 und insbes. Anm. 4 S. 16: Die von einer Gemeinde ordnungsmäßig ausgefertigte Vollmacht bedarf keiner weiteren öffentlichen Beglaubigung mehr.

III. Die aufsichtsbehördliche Genehmigung.

1. Das Wesen der Genehmigung.

In einer ganzen Reihe von Fällen, in denen Rechtsgeschäfte von besonderer Bedeutung für die Gemeinde sein können, wird deren Abschluß dem alleinigen Ermessen des Bürgermeisters entzogen und deren Wirksamkeit von einer Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde abhängig gemacht[1)2)]. Diese aufsichtsbehördliche Genehmigung ist der Ausdruck staatlicher Schutzgewalt[3)]. Sie ist das Aufsichtsmittel des Staates und dient der Gleichrichtung der Interessen und Aufgaben des Staates mit denen der Gemeinde.

Als Ausdruck des Staatswillens ist die Genehmigung eine öffentlichrechtliche Willenserklärung, ein Hoheitsakt. Auf ihn finden die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts Anwendung. Ist die erteilte Genehmigung daher mangelhaft, so beurteilt sich ihre Gültigkeit nach den allgemeinen Grundsätzen über den fehlerhaften Staatsakt[4)]. Als besonderes Erfordernis muß die Genehmigung zu der gemeindlichen Willenserklärung hinzutreten und verschafft dieser erst ihre Rechtswirksamkeit[5)]. Dazu ist aber Voraussetzung, daß die Willenserklärung eine ordnungsmäßige und allen Formerfordernissen entsprechende gültige ist. Ist das nicht der Fall, so liegt gar keine genehmigungsfähige Willenserklärung vor. Sie kann infolgedessen durch die Genehmigung auch nicht geheilt werden.

Genehmigungsfähig sind die Willenserklärungen auf dem Gebiete des öffentlichen[6)] wie auch auf dem des privaten Rechts[7)8)]. Doch ist die Genehmigung streng an die in den ein-

---

1) Zeitler-Bitter-v. Derschau, § 32 Erl. 6.
2) Vgl. im einzelnen die Aufzählung der Fälle, in denen eine Genehmigung erforderlich ist, bei Schattenfroh, § 104 Anm. 1.
3) Schattenfroh, § 104 Anm. 2.
4) Vgl. Schattenfroh, § 104 Anm. 3 und die dort zit. Kormann, § 26 S. 217/18 und Fleiner, Institutionen, S. 203.
5) Vgl. Helfritz, S. 127 Anm. 2.
6) z. B. Erlaß der Hauptsatzung nach § 3 Abs. 2 DGO. Anordnung des Benutzungszwanges, § 18, Verleihung und Aberkennung des Ehrenbürgerrechts, § 21 usw.
7) Vgl. Schattenfroh, § 104 Anm. 2.
8) z. B. Aufnahme eines Darlehns nach § 78 DGO.

zelnen Bestimmungen der Deutschen Gemeindeordnung enthaltenen Tatbestandsmerkmale gebunden und umfaßt nicht die Nebengeschäfte[1], es sei denn, daß diese ebenfalls die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen aufweisen.

Die Wirksamkeit der Genehmigung ist nicht von der Beachtung irgendwelcher Formvorschriften abhängig gemacht. Ihre Erteilung kann unter einer Bedingung oder einer Auflage[2] und unter der Setzung einer Frist erfolgen[3]. Die Genehmigung kann in jeder beliebigen Form der Gemeinde gegenüber zum Ausdruck gebracht werden, wobei nicht einmal erforderlich ist, daß sie ausdrücklich erteilt wird. Es genügt, daß die Aufsichtsbehörde erklärt, die Genehmigung sei nicht erforderlich. Insofern steht diese Erklärung der tatsächlichen Genehmigung gleich[4]. Im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs wird jedoch die schriftliche Erteilung der Genehmigung gefordert werden müssen, da sie nicht nur ein wichtiges Beweisstück für die Gemeinde ist, sondern auch der Vertragsgegner ein Anrecht auf den Nachweis hat, daß der mit der Gemeinde geschlossene Vertrag genehmigt und gültig ist und er daraufhin seine Leistung erbringen kann.

Das Erfordernis der Genehmigung schafft einmal eine Rechtsbeziehung zwischen Staat und Gemeinde und zum anderen zwischen der Gemeinde und deren Vertragsgegner. Die erstere ist eine höchst lockere, da die Gemeinde keinen Anspruch auf die Erteilung einer Genehmigung hat, dieses vielmehr im pflichtmäßigen Ermessen der Aufsichtsbehörde liegt. Gegen die Versagung[5] einer Genehmigung hat die Gemeinde kein Rechtsmittel, vor allem auch nicht das Beschwerderecht des § 113 DGO., das ihr nur gegen die im Wege der Staatsaufsicht erlassenen Anordnungen zusteht. Die einzige Mög-

---

[1] Vgl. auch Schattenfroh, § 104 Anm. 3 und Kerrl-Weidemann, § 104 Erl. 1.

[2] Vgl. auch Schattenfroh, § 104 Anm. 3.

[3] Man wird die Genehmigung unter einer Auflage oder Bedingung zwar als verweigert, aber gleichzeitig als im voraus für den Fall erteilt zu betrachten haben, daß das Rechtsgeschäft i. S. der Bedingung oder Auflage abgeändert wird. (Vgl. Schmidt, S. 45).

[4] KG. in JW. 1937, S. 2927.

[5] Kerrl-Weidemann, § 104, Erl. 1.

lichkeit, gegen die Aufsichtsbehörde vorzugehen, ist, durch Erhebung der Dienstaufsichtsbeschwerde bei der nächst höheren Kommunalaufsichtsbehörde[1]. Wird die Genehmigung aber erteilt, so haben die dafür zuständigen Beamten „auf die Belange der Gemeinde die gebührende Rücksicht zu nehmen und sie vor Schädigungen zu bewahren"[2]. Schädigungen der Gemeindeinteressen z. B. durch Mißbrauch des pflichtmäßigen Ermessens können daher zu Haftungsverpflichtungen aus § 839 BGB. führen[3].

Das Verhältnis zwischen der Gemeinde und deren Vertragsgegner wird durch die der Gemeinde obliegende Treupflicht bestimmt[4]. Daraus folgt, daß die Gemeinde verpflichtet ist, die zur Wirksamkeit ihrer Willenserklärung erforderliche Genehmigung herbeizuführen und von der erteilten Genehmigung entsprechend Gebrauch zu machen. Verletzt die Gemeinde die ihr aus dem Treueverhältnis erwachsenden Verpflichtungen, so haftet sie gegebenenfalls aus § 839 BGB. Art. 131 RV.

In keinem Falle bestehen jedoch irgendwelche Rechtsbeziehungen zwischen der staatlichen Aufsichtsbehörde und dem Vertragsgegger der Gemeinde. Dieser hat gegen die Aufsichtsbehörde weder einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung noch einen Schadensersatzanspruch bei Verletzung der der Aufsichtsbehörde schlechthin obliegenden Amtsspflicht[5]. Handelt es sich jedoch um einen Ermessensmißbrauch der Aufsichtsbehörde bei Erteilung der Genehmigung, so wird mit Rücksicht auf das Schutzbedürfnis des gemeindlichen Vertragsgegners eine Schadensersatzpflicht zu bejahen sein.

Diese Grundsätze haben jedoch nur insofern ihre Bedeutung, als sie sich auf die eigens in der Deutschen Gemeindeordnung geregelte Genehmigungspflicht beziehen. Unberührt davon bleiben alle sonstigen, in anderen Gesetzen

---

1) Kerrl-Weidemann, § 104 Erl. 1.
2) RG. 118/99.
3) Schattenfroh, § 104 Anm. 4.
4) RG. 115/38.
5) Schattenfroh, § 104 Anm. 2.

geregelten Genehmigungssvorschriften, die neben denen der Deutschen Gemeindeordnung immer dann zur Anwendung gelangen müssen, wenn die in jenen Gesetzen geregelten Tatbestände vorliegen[1]. Das gilt sowohl für das Erfordernis der Genehmigung überhaupt, wie auch für alle Rechtsfolgen.

Sind nach der Deutschen Gemeindeordnung für ein und denselben Rechtsvorgang zwei verschiedene Genehmigungen erforderlich[2], so müssen ebenfalls beide nebeneinander erteilt werden. Ist die Genehmigung zwar nur von einer Behörde, aber nach zwei verschiedenen Gesichtspunkten zu erteilen, so muß die Genehmigung erkennen lassen, daß beide Gesichtspunkte Berücksichtigung gefunden haben[3]. Nur wenn ein schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft von der Aufsichtsbehörde genehmigt wird, gilt die Genehmigung auch für das dieser Verpflichtung entsprechende Erfüllungsgeschäft als erteilt[4].

2. Ausnahme vom Genehmigungszwang.

Eine Durchbrechung des Prinzips der aufsichtsbehördlichen Genehmigung enthält die Deutsche Gemeindeordnung in den Fällen der §§ 78 Abs. 3, 62 Abs. 3 und 105 Abs. 1.

Die Befreiung vom Genehmigungszwang gilt nach § 78 Abs. 2 für die Aufnahme von Darlehen im Rahmen des bereits genehmigten Gesamtbetrages, zur Übernahme von Bürgschaften und Verpflichtungen aus Gewährverträgen, zur Bestellung anderer Sicherheiten und für Rechtsgeschäfte, die den genannten wirtschaftlich gleichkommen. Sie ist eine grundsätzliche und findet auf die im Rahmen der laufenden Verwaltung abzuschließenden, ihrer Natur nach regelmäßig wiederkehren-

---

[1]) Vgl. im einzelnen die recht umfangreiche Aufzählung von Beispielen bei Schlempp, S. 59—62.

[2]) So bedarf z. B. die unentgeltliche Veräußerung besonderer Kunstwerke einer doppelten Genehmigung, denn nach § 62 Abs. 2 Nr. 1 DGO. ist die unentgeltliche Veräußerung von Vermögensgegenständen und nach Nr. 3 die Veräußerung von besonderen Kunstwerken genehmigungspflichtig. Bei der Aufnahme eines Darlehns bedarf der Gesamtbetrag, der zur Bestreitung des außerordentlichen Haushalts dienen soll, im Rahmen der Haushaltssatzung der Genehmigung (§ 86). Außerdem bedürfen aber die Aufnahmen der einzelnen Darlehen noch einer weiteren Genehmigung. (§ 78).

[3]) Schattenfroh, § 104 Anm. 3.

[4]) KG. in JW. 1937, S. 2927.

den Geschäfte Anwendung, es sei denn, daß es sich unmittelbar oder mittelbar um Verpflichtungen gegenüber Ausländern, um die Aufnahme von Darlehen oder um eine Verpflichtung in einer anderen als der Reichswährung handelt[1]).

Dahingegen entfällt gemäß § 62 Abs. 3 DGO. die Genehmigungspflicht dann, wenn ein Rechtsgeschäft, das sich auf die unentgeltliche Veräußerung von Vermögensgegenständen aller Art sowie den Verkauf oder Tausch von Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten bezieht (§ 62 Abs. 1 und 2 DGO.) seiner Natur nach regelmäßig wiederkehrt oder bestimmte Wertgrenzen nicht überschreitet, und die Freistellung vom Genehmigungszwang durch besondere Verordnung des Reichsministers des Innern erfolgt.

Auf Grund dieser Bestimmung sind durch § 23 der 1. DVO. — ohne Rücksicht auf die Höhe des Wertes — jene Rechtsgeschäfte für genehmigungsfrei erklärt worden, die den Verkauf oder Tausch von Grundstücken zum Gegenstand haben und im Zusammenhang erfolgen mit:

1. der Festsetzung von Straßen- und Baufluchtlinien nach den landesrechtlichen Vorschriften,
2. aus Anlaß des Baues, der Unterhaltung und der Verbesserung von Straßen und Plätzen, Wegen, Schienen und Wasserläufen,
3. zur Förderung der Errichtung von Wohnstätten, ihrer Versorgung mit Gartenland sowie ihrer Versorgung mit Gas, Wasser, Elektrizität und den Anschluß an Kanalisationsanlagen — sofern allerdings die Gemeinde mehr als 10 000 Einwohner zählt, — oder in Gemeinden mit mehr als 100 000 Einwohnern das Grundstück mehr als 50 000, und in den übrigen Gemeinden mehr als 2 500 qm mißt,

---

[1]) Als Beispiel für laufende Geschäfte nennt die Ausf. Best. zu § 78 Ziff. 3 „die unter Stundung des Kaufpreises getätigten Beschaffungsgeschäfte für die laufende Verwaltung. Es fallen hierunter ferner die Übernahme von Bürgschaften und sonstigen Verpflichtungen zugunsten Dritter, insbesondere auch der in Privatrechtsform betriebenen Werke und Anstalten, soweit es sich um regelmäßig wiederkehrende Geschäfte der laufenden Verwaltung handelt. Typische Beispiele für derartige Geschäfte sind die Beschaffung von Heizmaterial und Bürobedarf jeder Art sowie des laufenden Bedarfs für Straßenunterhaltung, den Betrieb von Krankenhäusern, Heil- und Pflegeanstalten sowie die Bürgschaft oder sonstige Sicherheit für die Beschaffung von Kohlen zum Betrieb von Gas- und Elektrizitätswerken".

4. im Zusammenhang mit Fluß- und Bachregulierungen und
5. zur Weiterveräußerung des zum Zwecke der Erhaltung einer der Gemeinde zustehenden Hypothek erworbenen Grundstücks.

Hingegen tritt nach § 24 der 1. DVO. — ohne Rücksicht auf den Zweck dieser Rechtsgeschäfte — die Genehmigungsfreiheit dann ein, wenn der Wert des Grundstücks

1. in Gemeinden mit mehr als 10 000 Einwohnern 1 000 RM.,
2. in Kreisangehörigen Gemeinden mit mehr als 10 000 Einwohnern 2 500 RM.,
3. in Stadtkreisen 10 000 RM. und
4. in Stadtkreisen mit mehr als 100 000 Einwohnern 50 000 RM.

nicht übersteigt[1].

Während die §§ 78 und 62 der DGO. nur für bestimmte gesetzlich benannte Rechtsgeschäfte eine Befreiung vom Genehmigungszwang zulassen, kann nach § 105 DGO. durch eine dahingehende Verordnung des Reichsministers des Innern im Einvernehmen mit dem Reichsminister der Finanzen eine Freistellung für alle genehmigungsbedürftigen Entschließungen der Gemeinde erfolgen. In diesem Falle ist der Gemeinde aber die Pflicht auferlegt, ihre Rechtshandlungen der Aufsichtsbehörde vorher anzuzeigen, und zwar so rechtzeitig, daß sich die Aufschtsbehörde darüber ein Urteil bilden kann, bevor das Geschäft getätigt wird[2].

Durch § 32 der 1. DVO. in der Fassung des § 6 der 2. DVO. ist daraufhin die Übernahme der persönlichen Schuld aus Hypotheken beim Erwerb von Grundstücken von der Genehmigungspflicht ausgenommen, dafür aber die Anzeigepflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde angeordnet worden, wenn die Schuld für Kreisangehörige Gemeinden mit mehr als 10 000 Einwohnern 2 500 RM., für Stadtkreise den Betrag von 20 000 RM. und für Stadtkreise mit mehr als 100 000 Einwohnern den Betrag von 100 000 RM. nicht übersteigt. (§ 32 Z. 1). Das Gleiche gilt für

---

[1]) Nach § 25 der 1. DVO. ist dem Antrag auf Vornahme einer grundbuchlichen Eintragung eine Bescheinigung des Bürgermeisters darüber beizufügen, daß der Abschluß des Rechtsgeschäfts nach §§ 23 u. 24 der 1. DVO. genehmigungsfrei ist.

[2]) Zeitler-Bitter-v. Derschau, § 5 Erl. 1.

die Übernahme der persönlichen Schuld aus Hypotheken bei der Aussteigerung von Grundstücken, die mit Hauszinssteuer belastet sind. (§ 32 Z. 2).

Das Gleiche gilt gemäß § 5 der 2. DVO. für den Verkauf oder Tausch von Grundstücken oder grundstücksgleichen Rechten durch einen Stadtkreis, sofern die Grundstücke oder grundstücksgleichen Rechte nicht Unternehmen gewidmet sind, die der Versorgung der Bevölkerung mit Elektrizität, Gas oder Wasser dienen, und gemäß § 7 der 2. DVO. für die Ermäßigung der Zinsbedingungen eines Darlehns sowie für die Einschränkung des Umfanges einer Bürgschaft, einer Gewährsverpflichtung oder einer anderen Sicherheit, zu denen eine Genehmigung nach § 78 DGO. erteilt ist.

Eine weitere Befreiung von der Genehmigung und dafür Einführung der Anzeigepflicht ist durch § 1 der 4. DVO. für diejenigen Stadtkreise mit mehr als 100 000 Einwohnern erfolgt, deren Betriebsmittelrücklage und allgemeine Ausgleichsrücklage die Mindestbeträge nach der Rücklagenverordnung vom 5. Mai 1936 erreichen, und die daraufhin vom Reichsminister des Innern urkundlich von dem Zwang der Genehmigung freigestellt worden sind. Die Befreiung bezieht sich auf diejenigen Entschließungen, die nach § 62 Abs. 2 Nr. 1 und 2, § 75, § 76, 81 und 86 Abs. 1 Nr. 2 und 3 der DGO. einer Genehmigung bedürfen.

Das Verhältnis der Ausnahmebestimmungen untereinander ist derart, daß bei Zusammentreffen der Voraussetzungen des § 105 DGO. i. Vbdg. mit dem § 32 der 1. DVO. in der Fassung des § 6 der 2. DVO., des § 5 und § 7 der 2. DVO. und § 1 der 4. DVO. mit denen des § 78 oder § 62 DGO. i. Vbdg. mit §§ 23 und 24 der 1. DVO. eine Anzeigepflicht dann überflüssig ist, wenn eine gemeindliche Entschließung bereits nach § 78 DGO. oder § 62 DGO. i. Vbdg. mit §§ 23, 24 der 1. DVO. keiner Genehmigung bedarf. Insofern muß dem Rechtsgedanken des § 5 Abs. 2 S. 2 der 2. DVO.[1] generelle Gültigkeit zugeschrieben werden[2].

---

[1] Vgl. oben.
[2] Vgl. auch Zeitler-Bitter-v. Derschau, § 62 Erl. 3 und § 105 Erl. 1.

3. Versagung der Genehmigung.

Bis zur Erteilung der aufsichtsbehördlichen Genehmigung besteht hinsichtlich des Rechtsgeschäfts zwischen Gemeinde und Vertragsgegner ein Schwebezustand. Solange dieser nicht beendet ist, sind die Vertragsteile an ihre Erklärungen gebunden, ohne sich davon einseitig befreien zu können[1]. Wird die Genehmigung erteilt, so endigt der Schwebezustand, und das Rechtsgeschäft wird gemäß § 184 Abs. 1 BGB. — der auf die Genehmigung der Aufsichtsbehörde entsprechend anzuwenden ist[2], — von Anfang an (ex tunc) wirksam.

Wird die Genehmigung nach dem pflichtmäßigen Ermessen der Aufsichtsbehörde versagt, so zeitigt das Rechtsgeschäft zwischen den Parteien keine Wirkung. Es ist nichtig[3]. Doch wird die einmal ausgesprochene Versagung der Genehmigung mit der Wirkung zurückgenommen werden können, daß die Genehmigung als doch noch erteilt gilt, ohne daß es eines neuen Geschäftsabschlusses zwischen den Parteien bedürfte. Diese Ansicht steht zwar im Widerspruch zur Rechtsprechung des Reichsgerichts[4], ist dafür aber geeignet, den Bedürfnissen der Praxis Rechnung zu tragen.

Die Möglichkeit der Rücknahme einer erteilten Genehmigung beurteilt sich nach den für die Rücknahme eines Verwaltungsaktes geltenden Vorschriften. Danach sind Verfügungen der Verwaltungsbehörde grundsätzlich widerruflich[5], da ihnen die materielle Rechtskraft fehlt. Dieser Grundsatz unterliegt jedoch einer Einschränkung dann, wenn die Verfügung bereits in Kraft getreten ist und bestimmte Rechtswirkungen erzeugt hat. Es widerspräche dem Prinzip der Rechtssicherheit und dem Rechtsschutzbedürfnis der Beteiligten, wenn durch die Rücknahme des Verwaltungsaktes und die nachträgliche Versagung der Genehmigung ihre wohlerworbenen Rechte verletzt würden[6].

---

[1] RG. 103/106.
[2] RG. 125/56; Schattenfroh, § 104 Erl. 3; Kormann S. 172, Nauck, JW. 1936, S. 1572.
[3] Kerrl-Weidemann, § 104 Frl. 5.
[4] RG. 106/146.
[5] Fleiner, S. 197.
[6] Vgl. RG. 103/107; 106/145.

Eine solche Verletzung kommt jedoch dann nicht in Betracht, wenn die Genehmigung, die von vornherein nur in widerruflicher Form erteilt wurde[1], zurückgenommen wird. Denn in diesem Fall waren sich die Beteiligten der Möglichkeit einer jederseitigen Beseitigung des Verwaltungsaktes und der sich daraus ergebenden Folgen für das Rechtsgeschäft bewußt. Auch die schon vor dem Abschluß des Rechtsgeschäfts erteilte Zustimmung ist in sinngemäßer Anwendung des § 183 BGB.[2] wieder bis zum Abschluß des Geschäfts zurücknehmbar, desgleichen die Genehmigung eines unwirksamen Rechtsgeschäfts, da in beiden Fällen keine rechtlichen Bindungen zwischen den Parteien entstanden sind.

4. Die Wirkung mangelnder Genehmigung.

Je nachdem, welcher Art die Erklärungen der Gemeinde sind, hat der Mangel der erforderlichen Genehmigung Rechtswirkungen nach außen und nach innen zur Folge. Im Außenverhältnis können die gemeindlichen Entschließungen unwirksam oder nichtig sein.

Unwirksam sind nach § 104 DGO. die Geschäfte des bürgerlicehn Rechtsverkehrs. Das sind jene Fälle, in denen die öffentlichrechtliche Genehmigung des Staates auch eine bürgerlichrechtliche Wirkung hat[3]. Die Unwirksamkeit bezieht sich auf die in den §§ 60—103 DGO. genannten Geschäfte der Gemeinde und kraft besonderer Vorschrift auch auf Verträge des Bürgermeisters mit der Gemeinde, die nach § 115 Abs. 2 genehmigungspflichtig sind.

Von diesen Geschäften des bürgerlichen Rechtsverkehrs sind begrifflich jene Verfügungen öffentlichrechtlicher Natur zu unterscheiden, die gleichfalls zu ihrer Wirksamkeit der aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedürfen[4]. Praktisch stehen diese Verfügungen aber den Geschäften bürgerlichrechtlicher Art vollkommen gleich, da auf sie eben-

---

[1] Schattenfroh, § 104 Anm. 3; Kerrl-Weidemann, § 104, Erl. 1.
[2] RG. 125/56; Nauck, JW. 1936, S. 1572.
[3] Kerrl-Weidemann, § 104 Erl. 2.
[4] Hierunter fallen z. B. die Entschließungen der §§ 3, 18, 19, 21, 28 Abs. 2, 66 Abs. 2, 81, 101 DGO. (vgl. auch Zeitler-Bitter-v. Derschau, § 104 Erl. 1; Kerrl-Weidemann, § 104 Erl. 3).

falls die Vorschrift des § 104 Abs. 1 DGO. Anwendung findet. Sie sind bei mangelnder Genehmigung gleichfalls unwirksam[1].

Nichtig ist ein Rechtsgeschäft dann, wenn die Aufsichtsbehörde dessen Genehmigung versagt hat[2] und daneben nur in dem einen vom Gesetz ausdrücklich genannten Fall, wenn nämlich die Gemeinde zur Sicherung eines Darlehnsgebers besondere Sicherheiten bestellt hat, ohne dazu eine Genehmigung einzuholen[3].

Diese Genehmigung des § 79 DGO. unterscheidet sich von der bisher behandelten dadurch, daß sie nur eine „Ausnahmegenehmigung" darstellt, die erforderlich ist, um den Abschluß des an sich verbotenen Rechtsgeschäfts erst möglich zu machen, während die in allen anderen Vorschriften der Deutschen Gemeindeordnung vorgesehene Genehmigung dem gültig abgeschlossenen Rechtsgeschäft nur noch seine Wirksamkeit verleiht.

Die nichtige Willenserklärung ändert den zwischen den Parteien bestehenden Rechtszustand nicht. Hat aber ein Teil auf Grund des nichtigen Rechtsgeschäfts eine Leistung erbracht, so kann er diese nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung[4] herausverlangen[5].

Von der in § 104 DGO. getroffenen Regelung werden jedoch jene Vorschriften nicht berührt, die außerhalb der Deutschen Gemeindeordnung für gewisse Rechtsgeschäfte einen Genehmigungszwang vorsehen und an dessen Verletzung bestimmte Rechtsfolgen knüpfen[6]. Bedarf demnach ein Rechtsgeschäft nach der Deutschen Gemeindeordnung wie auch nach einem anderen Gesetz zu seiner Wirksamkeit einer Genehmigung und wird die eine oder die andere davon nicht erteilt, so beurteilen sich die Rechtsfolgen nach den Vorschriften, die für die jeweilige Genehmigung gelten. Enthält ein Sondergesetz hinsichtlich der Wirkung einer mangelnden Genehmigung auf das Rechtsgeschäft keine besondere Be-

---

[1] Amtl. Begr. § 104 Ziff. 1.
[2] Kerrl-Weidemann, § 104 Erl. 5.
[3] § 104 Abs. 2, § 79 DGO.
[4] Vgl. dort unter „Haftung der Gemeinde".
[5] Schattenfroh, § 104 Anm. 6.
[6] Amtl. Begr. § 104 Ziff. 1.

stimmung, so werden auch dafür die Grundsätze des § 104 DGO. Anwendung zu finden haben[1].

Soweit die Entschließungen der Gemeinde nicht zu den in den §§ 60—103 und 115 DGO. genannten Geschäften des bürgerlichen Rechtsverkehrs gehören, ist die Anordnung der aufsichtsbehördlichen Genehmigung nur für das Verhältnis der Behörden untereinander, also im Innenverhältnis, von Bedeutung. Das gilt z. B. von der Genehmigung des im Rahmen der Haushaltssatzung von der Gemeinde aufzunehmenden Gesamtbetrages an Darlehen (§ 76 DGO.), von der Genehmigung der Höhe der Steuersätze, dem Höchstbetrag der Kassenkredite und des Darlehnsbetrages des außerordentlichen Haushaltsplanes (§ 86 DGO.) sowie von der Genehmigung der Übertragung und Entziehung der Leitung des Rechnungsprüfungsamtes (§ 101 Abs. 2 DGO.[2]). Diese Bestimmungen sind nur Ordnungsvorschriften, deren Nichtbeachtung die Wirksamkeit der Entschließungen nach außen nicht berührt. Ihre Einhaltung ist aber gesetzliche Pflicht der Gemeinde, und ihre Verletzung kann das Eingreifen der Aufsichtsbehörde sowie die Haftung des handelnden Beamten[3] und seine dienststrafrechtliche Verfolgung nach sich ziehen[4]. Gleiches wird auch von der gemäß § 105 DGO. anstelle der Genehmigung gemachten Anzeige des Rechtsgeschäfts an die Aufsichtsbehörde zu gelten haben. Die Deutsche Gemeindeordnung trifft für den Fall, daß die Anzeige nicht erfolgt, zwar keine Regelung. In Anbetracht der Tatsache jedoch, daß die Anzeige gegenüber der Genehmigung eine Erleichterung bringen soll, werden die für die Genehmigung bestehenden Vorschriften des § 104 DGO. nicht anzuwenden sein.

Soweit von der Heilung eines Rechtsgeschäfts überhaupt gesprochen werden kann, bezieht sich diese nur auf die Unwirksamkeit und bedeutet die nachträgliche verspätete Ge-

---

[1]) Kormann, § 21, S. 172.

[2]) Vgl. auch Kerrl-Weidemann, § 104 Erl. 2.

[3]) Die Haftung für Verstöße gegen die Bestimmungen der §§ 76 und 86 DGO. richtet sich nach § 92 DGO., weil die Haftungsbestimmungen des Deutschen Beamtengesetzes insoweit nicht ausreichend sind (vgl. Amtl. Begr. zu § 92).

[4]) Amtl. Begr. § 104 Ziff. 2 sowie Zeitler-Bitter-v. Derschau, § 104 Erl. 2; Schattenfroh § 104 Anm. 6.

nehmigung der gemeindlichen Willenserklärung[1]. Jene nachträgliche Genehmigung wirkt auf den Zeitpunkt der Schließung des Geschäfts zurück und macht es von vornherein wirksam[2]. Das gilt für die bürgerlich- wie auch die öffentlichrechtlichen Erklärungen. Voraussetzung für eine derartige Heilung ist jedoch, daß die Entschließung der Gemeinde alle sonstigen Erfordernisse erfüllt und dementsprechend voll gültig ist. Ist das nicht der Fall, weil beispielsweise das Geschäft wegen Verstoßes gegen die Formvorschriften nichtig ist, so ist eine Heilung durch nachträgliche Genehmigung nicht möglich, da überhaupt kein genehmigungsfähiges Geschäft vorliegt.

Handelt es sich um eine Willenserklärung, die zu ihrer Wirksamkeit außer der aufsichtsbehördlichen noch einer weiteren Genehmigung bedarf, so beurteilt sich die Möglichkeit einer Heilung — wenn nur die nach außerhalb der Gemeindeordnung erforderliche Genehmigung fehlt — nach diesen dafür besonders geltenden Vorschriften und, wenn beide Genehmigungen nicht erteilt sind, auch nach dem in der Deutschen Gemeindeordnung enthaltenen Grundsatz.

Dagegen gibt es keine Heilung eines wegen mangelnder Genehmigung n i c h t i g e n Rechtsgeschäfts. Die einzige Möglichkeit bestünde in der Neuvornahme des Geschäfts unter Beachtung aller (Form-) Erfordernisse, und der nunmehr erfolgenden Genehmigung. Auch eine Heilung durch Erfüllung — z. B. Auflassung und Eintragung eines Grundstücks in Erfüllung eines nicht genehmigten Grundstücksveräußerungsvertrages —, welche ausnahmsweise für die wegen Formmangels nichtigen Geschäfte anerkannt ist[3], kommt nicht in Frage, da die Grundsätze, die für diese Ausnahme sprechen[4], hier nicht in Erwägung stehen, und diese Art der Heilung den Einfluß der Aufsichtsbehörde auf die rechtsgeschäftliche Tätigkeit der Gemeinden praktisch ausschließen würde.

---

[1] Zeitler-Bitter-v. Derschau, § 104 Erl. 1; Kerrl-Weidemann, § 104 Erl. 5.
[2] Vgl. dazu die Ausführungen S. 42 und die dortige Anm. 2.
[3] Vgl. dazu die Ausführungen S. 29/30.
[4] Die Einhaltung der Formvorschriften soll der Gemeinde die Bedeutung des Rechtsgeschäfts besonders zum Bewußtsein bringen. Dies geschieht aber auch durch die Erfüllung des früher bereits abgeschlossenen Geschäfts.

IV. Haftung der Gemeinde.

1. Für rechtsgeschäftliches Tätigwerden.

Werden die in der Deutschen Gemeindeordnung enthaltenen zwingenden Vorschriften verletzt, so treten neben den sich aus dem Gesetz ergebenden konkreten Rechtswirkungen wie Nichtigkeit und Unwirksamkeit auch noch andere Rechtsfolgen ein, die sich zumeist nach allgemeinen, außerhalb der Deutschen Gemeindeordnung geregelten Rechtsgrundsätzen beurteilen und einmal in der Haftung der Gemeinde[1] und zum anderen in der Haftung der für sie handelnden Personen selbst bestehen.

Daß die Gemeinde eine juristische Person des öffentlichen Rechts (öffentlichrechtliche Gebietskörperschaft) ist, hat auf ihre Haftung in privatrechtlicher Beziehung keinen Einfluß. Denn in der Anerkennung als juristische Person des öffentlichen Rechts liegt gleichzeitig die Ausstattung mit privatrechtlicher Rechtsfähigkeit[2]. Sie haftet für rechtsgeschäftliches und außervertragliches Handeln ihrer Organe und ihrer Vertreter, für die in Ausübung öffentlicher Gewalt begangenen Amtspflichtverletzungen ihrer Organe sowie aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung.

Soweit die Gemeinde im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit dritten Personen in Verbindung tritt, bestimmt sich eine Haftung für die unter ihrem Namen handelnden Personen nach § 278 BGB. und den Grundsätzen über die culpa in contrahendo.

Die Haftung für Verschulden beim Vertragsabschluß ist nicht besonders im Gesetz geregelt. Sie findet ihre Grundlage in einer ganzen Reihe von Einzelvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches wie z. B. in den §§ 122, 179, 307, 309, 433, 463, 540, 637, 694[3], die in Verbindung mit dem Rechts-

[1] Anstelle der Gemeinde haftet der Staat, wenn nicht ein Gemeindeorgan, sondern die Staatsaufsichtsbehörde gemäß §§ 109, 111 oder der Staatskommissar gemäß § 112 DGO. einem Dritten einen Schaden zugefügt haben, einerlei, ob es sich dabei um rechtsgeschäftliches, außervertragliches, privatrechtliches oder hoheitliches Tätigwerden gehandelt hat. Denn Dienstherr der handelnden Personen ist in diesem Falle nicht die Gemeinde, sondern der Staat.

[2] Fleiner, Institutionen, § 7, S. 106.

[3] Vgl. die Aufzählung und die Ausführungen bei Staudinger, Vorbem. B II 1 zu §§ 275—282 BGB.

gedanken der §§ 276, 280 BGB. die Begründung des allgemeinen Rechtssatzes zulassen, „daß derjenige, der mit einem andern in Vertragsverhandlungen tritt, auch sein Verschulden bei diesen Vertragsverhandlungen zu vertreten hat". Dabei spielt es keine Rolle, ob auf Grund der Vertragsverhandlungen überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist oder nicht, oder ob nur ein rechtsunwirksamer Vertrag abgeschlossen wurde. Denn der Sinn der Haftung aus culpa in contrahendo besteht in der Anerkennung und dem Schutz des durch die Vertragsverhandlungen geschaffenen Vertrauensverhältnisses[1]). Die Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß findet nicht nur auf bürgerlichrechtliche, sondern auch auf öffentlichrechtliche Vertragsverhältnisse wie Eingemeindungsverträge und Beamtenanstellungen Anwendung. Zwar hat das Reichsgericht in Bd. 102 S. 8; 112 S. 290; 118 S. 41; 120 S. 163 die Haftung aus § 278 BGB. in analoger Anwendung nur für die Fälle bejaht, in denen es sich um die Erfüllung bereits geschlossener Verträge handelte. Das hindert m. E. jedoch nicht, die Grundsätze des § 278 BGB. analog auch auf ein Verschulden bei Abschluß öffentlichrechtlicher Vertragsverhältnisse auszudehnen[2]).

Die Anwendung des § 278 BGB. auf die Haftung aus culpa in contrahendo ergibt sich aus dem Grundsatz, daß in allen Fällen, in denen der Schuldner nach § 276 BGB. eigenes Verschulden zu vertreten hat, er auch für das Verschulden derjenigen Personen einstehen muß, deren er sich bei seinen Vertragsverhandlungen bedient[3])[4]). So hat die Gemeinde gemäß

---

[1]) Vgl. Staudinger, § 278 I, 2b.
[2]) Vgl. auch Stoll in JW. 25/1616—1617.
[3]) Vgl. RG. 108/224; Staudinger, § 278 I, 2.
[4]) Solange die Städteordnung f. d. östl. Provinzen in Gültigkeit war, hatte das Reichsgericht in Seuff. A. Bd. 82 S. 97 eine Haftung aus dem Gesichtspunkt der §§ 276, 278 abgelehnt, weil § 56 Ziff. 8 des genannten Ges. nicht bloße Formvorschriften, sondern eine gesetzliche Beschränkung der Vertretungsmacht der Gemeindeorgane darstellte (JW. 1912, S. 926 u. JW. 1929, S. 1131) und daher eine Haftung aus dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo eine Umgehung der zum Schutz der Gemeinde erlassenen und die Vertretungsmacht einschränkenden Bestimmungen bedeutete. Da nach der DGO. der dem § 56 Ziff. 8 östl. StO. entsprechende § 36 Abs. 2 DGO. nicht mehr die Vertretungsbefugnis der Organe beschränkt, sondern eine reine Formvorschrift ist, so ist auch die frühere Argumentation des RG. damit überholt. (Vgl. auch Oesterling in RVBl. Nr. 56 S. 918.)

§ 278 BGB. ein Verschulden ihrer gesetzlichen Vertreter und der Personen, deren sie sich zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten bedient, in gleichem Umfange wie eigenes Verschulden zu vertreten. Die Organe der Gemeinde sind allerdings nicht gesetzliche Vertreter im Sinne der Stellvertretungslehre, da gemäß §§ 31, 89 BGB. das Handeln der Organe als eigenes Handeln der juristischen Person gilt. Diese Unterscheidung ist aber für die Anwendung des § 278 BGB. insofern ohne Bedeutung, als nach § 26 Abs. 2 S. 1 Halbs. 2 BGB den Organen einer juristischen Person die Stellung eines gesetzlichen Vertreters zukommt[1].

Das organschaftliche Handeln begründet jedoch nur dann eine Haftung, wenn es sich in den Grenzen der Zuständigkeit des Organs hält[2]. Außerhalb seines Wirkungskreises kann ein Organ keine Rechtshandlungen vornehmen und demzufolge auch nicht die Gemeinde verpflichten[3]. Es handelt dann nicht mehr als „gesetzlicher Vertreter".

Im Rahmen der in dieser Arbeit zu erörternden gesetzlichen Bestimmungen kann eine Haftung einmal aus der Verletzung der Formvorschriften und zum anderen aus der Verletzung des Genehmigungszwanges gegeben sein. Eine Verletzung der Formvorschriften kommt beispielsweise dann in Betracht, wenn die Schriftform nicht eingehalten wird, weil der für die Gemeinde Handelnde das Verpflichtungsgeschäft irrtümlich für ein Geschäft der laufenden Verwaltung hält,

wenn die Beifügung der erforderlichen Zweitunterschrift fehlt,

wenn die Urkunde nicht unter der Amtsbezeichnung des Bürgermeisters unterschrieben wird, oder

wenn die Unterzeichnung nicht handschriftlich geschieht.

---

[1]) Staudinger, § 278 II, 1a

[2]) Die Zuständigkeit ist beim Bürgermeister und beim ersten Beigeordneten immer dann vorhanden, wenn ihre Willenserklärungen innerhalb des Lebensbereiches der Gemeinde abgegeben werden. (Helfritz, S. 125). Bei den übrigen Beigeordneten besteht die Zuständigkeit nur für das Handeln innerhalb ihres Arbeitsgebietes und bei den beauftragten Beamten und Angestellten nur innerhalb des ihnen mit der Zuständigkeitsübertragung vorgeschriebenen Wirkungskreises.

[3]) Vgl. Helfritz, S. 32, RGRK. § 31 Anm. 4.

Eine Haftung aus Verletzung der Pflicht zur Beibringung der Genehmigung kann beispielsweise dann entstehen, wenn ein Organ es unterläßt, die zur Wirksamkeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts notwendige Genehmigung bei der Aufsichtsbehörde nachzusuchen — entweder, weil das Organ es vergißt oder aber der Meinung ist, daß das Geschäft zu denjenigen zählt, die vom Genehmigungszwang freigestellt sind — oder, wenn das Organ es unterläßt, von der erteilten Genehmigung Gebrauch zu machen[1], und dem Vertragsgegner daraus ein Schaden entsteht.

Handeln im rechtsgeschäftlichen Verkehr nicht die Organe sondern die kraft bürgerlichrechtlicher Vollmacht zu Vertretern der Gemeinde bestellten Personen, so haftet die Gemeinde für diese Vertreter ebenfalls gemäß §§ 276, 278 BGB., sofern sie sich ihrer „zur Erfüllung von Verbindlichkeiten bedient". Hier ist die Haftung jedoch eine solche für fremdes Verschulden.

Wann sind aber die Vertreter Personen, deren sich die Gemeinde zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten bedient?

Als Verbindlichkeiten können hier alle diejenigen Verpflichtungen der Gemeinde in Betracht kommen, welche den Bestimmungen über den Form- und Genehmigungszwang entspringen[2], und der Gemeinde gegenüber dem Geschäftspartner obliegen. Darunter fällt z. B. die Verpflichtung zur Beibringung der aufsichtsbehördlichen Genehmigung, die sich aus der mit dem Geschäftsabschluß verbundenen Treupflicht ergibt, während die Pflicht, gewisse Rechtsgeschäfte gemäß § 105 DGO. in Verbindung mit den dazu ergangenen Durchführungsbestimmungen[3] der Aufsichtsbehörde anzuzeigen, keine Pflicht gegenüber dem Vertragspartner sondern vielmehr gegenüber der Aufsichtsbehörde darstellt[4]. Nicht erforderlich ist, daß es sich um eine unmittelbare Erfüllung der Verpflichtung handelt. Zur Erfüllung gehört vielmehr alles das, was auf Grund des Vertrages verlangt werden kann[5], also nicht nur die Beibringung

---

[1] Vgl. auch RG. 106/326.
[2] Vgl. dazu auch die Ausführungen S. 49/50.
[3] Vgl. die Ausführungen S. 40.
[4] Vgl. die Ausführungen S. 35.
[5] RG. 108/224.

der Genehmigung, Erfüllung der Formerfordernisse, sondern auch die Auskunft darüber, daß ein Geschäft genehmigungsbedürftig ist oder den Formerfordernissen unterliegt[1].

Weiterhin muß die Gemeinde sich ihrer Erfüllungsgehilfen (Vertreter) auch „bedienen". Das bedeutet, daß nur diejenigen Personen Erfüllungsgehilfen sind, die mit Willen der Gemeinde handeln[2]. Daraus folgt, daß ein Vertreter stets die Grenzen seiner Vertretungsmacht einzuhalten hat[3] und grundsätzlich keinen weiteren „Unter"vertreter für die ihm übertragenen Aufgaben bestellen darf. Tut er dies doch, so ist letzterer nicht Erfüllungsgehilfe der Gemeinde, da er ohne deren Willen handelt. Ausgenommen ist allerdings der Fall, daß der Vertreter ausdrücklich bevollmächtigt ist, einen weiteren Vertreter für sich zu bestellen, oder dieses Recht zur weiteren Bevollmächtigung sich aus der Natur der Vollmacht ergibt oder gesetzlich vorgesehen ist[4]. Liegt aber auch in der unbefugten Hinzuziehung eines „weiteren" Vertreters bereits ein Verschulden des „eigentlichen" Vertreters (Erfüllungsgehilfen), so haftet die Gemeinde für den von dem weiteren Vertreter angerichteten Schaden deshalb, weil er (adäquat) durch ein Verschulden ihres Erfüllungsgehilfen verursacht wurde[5][6].

Die Gemeinde hat für die Handlungen ihrer Organe wie für die ihrer Vertreter nur dann einzutreten, wenn diese schuldhaft gehandelt haben, d. h. wenn ihnen bei ihrem Handeln Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fällt (§ 276 BGB.). Dabei ist zu beachten, daß sie dieses Verschulden in Ausführung der der Gemeinde obliegenden Leistung und nicht nur bei Gelegenheit derselben treffen muß[7].

---

[1] Vgl. auch RG. 114/159; JW. 1928, S. 1285.
[2] Planck, § 278 Anm. 2b.
[3] RGRK. § 31 Anm. 3.
[4] Wenn also beispielsweise die Gemeinde einen Prozeßbevollmächtigten bestellt hat, so kann dieser für sich nach § 81 ZPO. einen Vertreter ernennen.
[5] Staudinger, § 278 II., 1b.
[6] Wenn z. B. der Bevollmächtigte der Gemeinde bei der Auswahl seines Untervertreters nicht genügend Sorgfalt aufgewendet und letzterer beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts, das eine Verpflichtung enthält, nicht die Formvorschriften beachtet hat.
[7] Staudinger, § 278 II., 2b.

2. Für außervertragliches, privatrechtliches Handeln.

Neben der Verpflichtung, für ein „Verschulden bei Vertragsschluß" einzustehen, trifft die Gemeinde die Haftung auch in außervertraglichen Verhältnsisen[1] für den Schaden, den ihre Organe und Vertreter durch Unrechtshandlungen im bürgerlichen Rechtsverkehr dritten Personen zufügen.

Nach §§ 89, 31 BGB. ist die Gemeinde für den Schaden verantwortlich, den verfassungsmäßig berufene Vertreter durch eine in Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügen. Verfassungsmäßig berufene Vertreter der Gemeinde sind die Organe, also der Bürgermeister, die Beigeordneten und die beauftragten Beamten und Angestellten[2], da die Organqualität allein für die Bestimmung des verfassungsmäßig berufenen Vertreters ausschlaggebend ist[3]. Der Schaden muß „in Ausführung der (dem Organ) zustehenden Verrichtung" begangen sein. Zunächst muß es sich um eine Verrichtung handeln. Darunter kann eine Tätigkeit mit tatsächlichem wie auch mit rechtsgeschäftlichem Charakter fallen[4]. Nicht notwendig ist, daß die Verrichtung ein positives Tun darstellt, sie kann auch in einem Unterlassen bestehen[5], sofern dieses rechtswidrig und für den Schaden kausal ist. Die Kausalität ist gewahrt, wenn bei Vorliegen anderer Verhältnisse der Erfolg nicht eingetreten wäre[6], während die Rechtswidrigkeit dann gegeben ist, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln, — die auf Gesetz (Rechtssatz)[7], Vertrag[8] oder vorangegangenem Tun[9][10] beruhen kann — verletzt ist.

---

[1] Staudinger, § 31, Anm. 6.
[2] Vgl. auch die Ausführungen S. 6/7.
[3] Helfritz, S. 109.
[4] Vgl. Staudinger, § 31 Anm. 16 und die dort zit. Entscheidungen.
[5] Vgl. Gierke, Juristentag, S. 110 und die dort genannte Literatur.
[6] Vgl. Frank, S. 16.
[7] Frank, S. 17.
[8] Frank, S. 18.
[9] Frank, S. 18.
[10] Als Beispiel sei der Fall genannt, daß ein Gemeindeorgan von der erteilten aufsichtsbehördlichen Genehmigung keinen Gebrauch macht, obwohl die Rechtspflicht dazu sich bereits aus dem Abschluß eines genehmigungspflichtigen Geschäfts ergibt.

Die Verrichtung muß aber auch dem Organ zugestanden haben. Dies trifft zu, wenn das Organ innerhalb des ihm zustehenden oder zugewiesenen Wirkungskreises[1] tätig geworden ist, wobei es gnügt, daß es sich um eine Verrichtung handelt, welche der dem betreffenden Organ zugehörige Wirkungskreis gewöhnlich mit sich bringt[2]. In Ausführung der zustehenden Verrichtung bedeutet schließlich, daß zwischen Verrichtung und der schadenstiftenden Handlung ein Kausalzusammenhang bestehen muß[3], so daß der Eintritt des Schadens nicht ohne die Ausführung der Verrichtung gedacht werden kann. Überschreitet das Organ die Grenzen seiner Vertretungsmacht, so ist dies ohne Bedeutung, wenn nur ein innerer Zusammenhang zwischen der schädigenden Handlung und den seinem Wirkungskreis entspringenden Obliegenheiten besteht[4]. Keinesfalls genügt aber nur eine „bei Gelegenheit" einer Verrichtung begangene schadensersatzpflichtige Handlung[5] zur Begründung der gemeindlichen Haftung.

Das Gesetz knüpft die Haftung der Gemeinde aus §§ 89, 31 BGB. lediglich an das Vorliegen einer „zum Schadensersatz verpflichtenden Handlung". Das bedeutet, daß ein schuldhaftes Handeln nicht vorzuliegen braucht[6], vielmehr die Verpflichtung zum Ersatz des Schadens allein für die Begründung der Haftung maßgebend ist. Wann dies zutrifft, beurteilt sich nach den dafür bestehenden gesetzlichen Tatbeständen. In Betracht kommen hier die §§ 823 und 826 BGB. Während § 826 BGB. unmittelbar Anwendung findet, wenn ein Organ bei Abgabe einer form- oder genehmigungspflichtigen Erklärung durch eine gegen die guten Sitten verstoßende Weise dem Erklärungs- oder Geschäftsgegner der Gemeinde vorsätzlich einen Schaden zu-

---

[1]) Der Wirkungskreis des Bürgermeisters und seines ständigen Vertreters ist ein ihnen von Gesetzeswegen zustehender, während derjenige der Beigeordneten und Beauftragten diesen vom Bürgermeister durch Geschäftsverteilung und Dienstanweisung zugewiesen ist. Vgl. die Ausführungen S. 3, 5 und 6/7.

[2]) Staudinger, § 31 Anm. 23 sowie RG. 94/320.

[3]) RG. 104/288; 105/231; RGRK. § 31 Anm. 2.

[4]) Staudinger, § 31 Anm. 23.

[5]) Staudinger, § 31 Anm. 24.

[6]) Mot. I., S. 102 f.

fügt[1]), kann nach § 823 BGB. ein zum Ersatz verpflichtender Schaden nur nach Abs. 2 dieses Paragraphen in Verbindung mit der Verletzung eines den Schutz eines anderen bezweckenden Gesetzes entstehen.

Ein solches Schutzgesetz ist beispielsweise § 263 StGB. Erleidet danach eine Person, die mit der Gemeinde in Rechtsbeziehungen tritt, durch eine betrügerische Handlung — wie beispielsweise die in der Absicht, der Gemeinde einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, abgegebene wahrheitswidrige Versicherung, daß ein Vertrag keiner Form bedürfe weil er keine Verpflichtung für die Gemeinde begründe oder aber das Geschäft zu denen der laufenden Verwaltung gehöre oder, daß ein Rechtsgeschäft nicht unter den Genehmigungszwang falle bezw. die Genehmgung bereits erteilt sei — einen Schaden, so haftet dafür die Gemeinde gemäß §§ 89, 31, 823 Abs. 2 BGB., § 263 StGB. Kein Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. ist dagegen § 36 Abs. 2 der DGO., da diese Vorschrift nicht dem Schutz eines anderen, sondern ausschließlich dem Schutz der Gemeinde zu dienen bestimmt ist. Ebenso kann auch § 839 BGB. bei privatrechtlichen Verhältnissen nicht zur Begründung einer Verantwortlichkeit in Frage kommen[2]).

Eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung liegt somit nur dann vor, wenn der Schaden unter Verletzung der Form- und Genehmigungsvorschriften in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise oder unter Verletzung eines den Schutz eines anderen betreffenden Gesetzes erfolgt ist.

Für die Haftung aus den §§ 89, 31, 826 BGB. sei auf die Entscheidung des Reichsgerichts in JW. 1928/2434 verwiesen. Darin wird die Haftung der Gemeinde für einen Bürgermeister ausgesprochen, der bei Ausstellung eines wegen Verstoßes gegen die Formvorschriften nichtigen Wechselakzepts noch die ausdrückliche Versicherung abgab, daß „der Wechsel in

---

[1]) So z. B. wenn ein Organ wider besseres Wissen eine Auskunft in der Weise erteilt, daß dadurch dem Auskunftsempfänger ein Schaden erwächst oder erwachsen kann, und das Organ sich dieser Tatsache bewußt war, bezw. die Möglichkeit des Eintritts eines Schadens in seinen Willen aufgenommen und für den Fall seines Eintritts gebilligt hat, und die Handlungsweise des Auskunfterteilenden sittlich verwerflich ist (RG. 76/318).

[2]) RG. 131/249.

Ordnung gehe". Auch in Anwendung der §§ 89, 31, 823 Abs. 2 BGB. i. Vbdg. mit § 263 StGB. hat das Kammergericht in JW. 1932/519 in dem Fall, in welchem ein Gemeindevorsteher unter Verletzung der Formvorschriften einen unwirksamen Darlehnsvertrag abschloß und den erhaltenen Betrag für sich verbrauchte, eine Haftung der Gemeinde bejaht und zum Ausdruck gebracht, daß §§ 89, 31 BGB. sich auch auf die Fälle beziehe, in denen es sich um die Ausführung von Verrichtungen handle, die nicht ordnungsmäßig seien, da sonst die Vorschriften der §§ 89, 31 BGB. keinen praktischen Wert besäßen.

Soweit im Zusammenhang mit formbedürftigen oder genehmigungspflichtigen Erklärungen die sonstigen nicht mit Organqualität ausgestatteten Personen — wie z. B. Bevollmächtigte — eine Unrechtshandlung begehen, bestimmt sich eine Haftung der Gemeinde nach § 831 BGB., wonach derjenige, der einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, zum Ersatz des Schadens verpflichtet ist, den dieser andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt.

Die Voraussetzungen des § 831 BGB. stimmen sichtlich mit denen des § 31 BGB. überein, so daß insoweit auf die hinsichtlich des § 31 gemachten Ausführungen verwiesen werden kann. Wenn auch im Gegensatz zu § 31 BGB. die Verrichtung dem Handelnden nicht „zusteht", so muß dieser doch zu einer Verrichtung „bestellt" sein. Das bedeutet zumeist insofern einen Unterschied, als bei der „Bestellung" zu einer Verrichtung die Übertragung eines „Wirkungskreises" (Auftrags) durch rechtsgeschäftliche Willenserklärung erfolgt, während bei einer „zustehenden Verrichtung" der Wirkungskreis (der Organe) durch Gesetz, Satzung oder Verwaltungsakt bestimmt wird. In der Wirkung jedoch ist diese Unterscheidung ohne Bedeutung. Eine schuldhafte Schadenszufügung ist hier wie im Fall des § 31 BGB. nicht erforderlich, doch muß der Schaden widerrechtlich, d. h. durch objektive Verwirklichung des Tatbestandes einer unerlaubten Handlung zugefügt worden sein[1].

---

[1]) Staudinger, § 831, Anm. 3a.

Gegenüber der unbedingten Verpflichtung, für organschaftliches Handeln gemäß §§ 89, 31 einzutreten, hat die Haftung aus § 831 für Verrichtungsgehilfen den Vorteil, daß die Gemeinde dann nicht haftet, wenn sie entweder bei der Auswahl jener Personen oder bei der Leitung der Ausführung der Verrichtungen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde. Wann der Gemeinde im einzelnen diese Exkulpationsmöglichkeit zusteht, wird sich nur nach Lage des Falles, insbesondere aber danach beurteilen lassen, welcherlei Verrichtungen jeweils in Frage stehen[1].

3. Für in Ausübung öffentlicher Gewalt begangene Amtspflichtverletzungen.

Im Gegensatz zur Haftung für Schadensersatzpflichtige Handlungen privatrechtlicher Art ihrer Organe wie auch ihrer Vertreter hat die Gemeinde für eine in Ausübung öffentlicher Gewalt vorgenommene Handlung gemäß Art. 131 RV. nur dann einzutreten, wenn diese von einem in ihrem Dienst stehenden B e a m t e n begangen wurde. Da die Gemeinde auf Grund von Art. 131 RV. die Verantwortlichkeit anstelle des Beamten trifft und dessen Haftung sich nach § 839 BGB. richtet, so ist die Haftung der Gemeinde dann begründet[2], wenn

> ein Beamter in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt, die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht schuldhaft verletzt.

„Beamter" im Sinne des Art. 131 RV. und des § 839 BGB. ist nicht nur diejenige Person, welche unter Aushändigung einer Urkunde in das Beamtenverhältnis berufen, sondern auch jene, die mit der Ausübung obrigkeitlicher Verrichtungen beauftragt worden ist[3]. Da unter letztere Personen auch die nach § 35 Abs. 3 DGO. durch Verwaltungsakt beauftragten Angestellten

---

[1]) Staudinger, § 831 Anm. 4a.

[2]) Handelt der Beamte in Bewußtlosigkeit oder im Zustand krankhafter Geistesstörung, so haftet die Gemeinde für ihn auf Grund von Art. 190, 188 I. AGBGB. i. Vbdg. m. Art. 77 EGBGB. sowie gemäß § 1 d. Pr. Gs. v. 1. 8. 1909 Pr. Gs. Bl. S. 691 und § 1 d. Reichsgs. v. 22. 5. 1910 G.Bl. S. 798.

[3]) Brand, § 23 S. 234.

der Gemeinde fallen, so sind die Organe der Gemeinde auch gleichzeitig Beamte im Sinne der Amtshaftungsbestimmungen.

In Ausübung öffentlicher Gewalt handelt das Organ, wenn es eine Verrichtung vornimmt, die „unmittelbar auf die Verwirklichung öffentlicher Zwecke gerichtet ist“[1] oder „sich nicht als Wahrnehmung privatwirtschaftlicher Interessen“ darstellt[2] — wie z. B. die auf die Anstellung eines Beamten gerichtete Erklärung, Erlaß einer Hauptsatzung, Abschluß eines Eingemeindungsvertrages, Aufhebung einer Stiftung, Verleihung und Aberkennung des Ehrenbürgerrechts, Anordnung des Anschlußzwanges pp. — und wenn zwischen der Amtsausübung und der schädigenden Handlung ein innerer Zusammenhang besteht[3]. Eine nur „bei Gelegenheit“ ihrer Ausübung begangene Handlung begründet noch keine Haftung der Gemeinde[4].

Anvertraut ist die öffentliche Gewalt, wenn das Organ zu dessen Ausübung durch Gesetz oder durch dienstliche Anweisung berufen ist. Nimmt daher ein Organ eine Amtshandlung vor, die ihrer Natur nach überhaupt nicht in den Bereich seines Amtskreises fällt, — z. B. ein Beigeordneter (Stadtbaumeister) ernennt einen Beamten — so haftet die Gemeinde nicht[5].

Die in Ausübung öffentlicher Gewalt begangene Handlung muß zugleich eine einem „Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht“ darstellen. Eine Amtspflicht liegt in der Beachtung der für die Abgabe von Verpflichtungserklärungen gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten[6], in der richtigen Erteilung einer Auskunft, auch wenn eine Pflicht zur Auskunftserteilung nicht besteht[7], in der Beibringung der für gewisse Erklärungen erforderlichen aufsichtsbehördlichen Genehmigung[8] und endlich

---

[1] Brand, § 23 S. 236.
[2] RG. 107/271/72.
[3] RG. 126/33.
[4] RG. in Gruch. 46/938.
[5] RGRK. § 839 Anm. 3
[6] RG. Bd. 68 S. 282; JW. 1929/1797; OVG. JW. 36/756.
[7] Auch die Beibringung der Genehmigung gehört zur sorgfältigen Beobachtung der in die Amtsverwaltung fallenden Gesetzesbestimmungen (Vgl. RGRK. § 839 Anm. 3).
[8] RG. 140/428; Bd. 144/395; RGRK. § 839 Anm. 3; Schack, Ztschr. f. Beamtenr. S. 75.

auch in der Einhaltung der Grenzen der dem Organ übertragenen Zuständigkeit[1]. Diese Amtspflichten bestehen gegenüber einem Dritten dann, wenn sie den Zweck haben, die Interessen des einzelnen wahrzunehmen[2] und nicht unmittelbar im öffentlichen Interesse erlassen sind[3]. Soweit bei der Abgabe einer Verpflichtungserklärung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts — wie beispielsweise bei der Beamtenernennung oder dem Abschluß eines Eingemeindungsvertrages — das handelnde Organ die Formvorschriften des § 36 Abs. 2 DGO. nicht beachtet, verletzt es keine einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, da die Beobachtung der Formvorschriften lediglich eine gegenüber der Gemeinde bestehende Pflicht ist.

Verstößt jedoch ein Organ bei einer Beamtenernennung gegen die Formvorschriften des § 27 DBG., so verletzt es damit eine Amtspflicht, die ihm dem zu Ernennenden gegenüber obliegt. Denn der Formzwang des § 27 DBG. dient auch den Interessen dieser Person[4], weil alle aus der Beamtenernennung sich ergebenden Rechte — wie Anspruch auf Gehalt, Pension usw. — erst mit der formgültigen Ernennung entstehen und bei ungültiger Ernennung die betreffende Person zwar die Tätigkeit und die Pflichten eines Beamten erfüllt, aber nicht dessen Rechte besitzt.

Auch die Beibringung der erforderlichen aufsichtsbehördlichen Genehmigung ist grundsätzlich — ebenso wie bei der Anordnung des Anschluß- und Benutzungszwanges, der Aufhebung einer örtlichen Stiftung usw. — nicht eine im Interesse dritter Personen bestehende Amtspflicht. Fraglich kann dies jedoch sein, wenn es sich um die Genehmigung der Verleihung des Bürgerrechts handelt. Insoweit könnte die Beibringung der Genehmigung u. U. als im Interesse des Betroffenen liegend angesehen werden.

---

[1]) RG. 104/288.

[2]) RG. 78/243/44; 135/110; 140/422; RGRK. § 839 Anm. 3.

[3]) RG. 140/427; RGRK. § 839 Anm. 3.

[4]) Es genügt, daß die Amtspflicht den Zweck hat, „wenn nicht allein, so doch auch" die Interessen des Einzelnen wahrzunehmen. (RGRK. § 839 Anm. 4.

Dahingegen ist die Pflicht zur Erteilung einer richtigen Auskunft — z. B. über die Notwendigkeit der Innehaltung der Formvorschriften des § 36 Abs. 2 DGO. bei einer Beamtenanstellung — wie auch zur Innehaltung der Grenzen der Zuständigkeit eine dem Gemeindeorgan Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht[1]).

Das Verschulden bei Verletzung einer Amtspflicht richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften des § 276 BGB. und liegt dann vor, wenn das Organ sich bewußt über gesetzliche oder dienstliche Vorschriften hinwegsetzt oder wenn es unter Außerachtlassung der für einen Beamten im Verkehr geltenden Sorgfalt seine Amtspflichten verletzt hat[2]). Hierbei wird man jedoch nur diejenige Sorgfalt zugrunde zu legen haben, die von einem pflichtgetreuen, verantwortungsbewußten Durchschnittsbeamten erwartet werden kann[3]). Nicht angängig ist es jedoch m. E. bei Ehrenbeamten grundsätzlich einen für diese günstigeren Verschuldenmaßstab anzulegen[4]). Dies widerspräche dem Grundsatz der Billigkeit, da doch der Dritte, der mit der Gemeinde in Rechtsbeziehung tritt, darauf angewiesen ist, mit dem für das betreffende Gebiet zuständigen Beamten zu verhandeln ohne Rücksicht darauf, ob dieser Berufs- oder Ehrenbeamter ist. Demzufolge müssen aber auch ihm gegenüber die Rechtsfolgen aus der Handlung eines Berufsbeamten wie die eines Ehrenbeamten gleich sein. Dagegen wäre es angebracht, bei der Frage des Verschuldens zwischen Ehrenbeamten und Berufsbeamten dann einen Unterschied zu machen, wenn es sich gemäß § 23 DBG. um die Regreßansprüche der Gemeinde gegenüber ihren Beamten wegen des aus einer Amtspflichtverletzung verursachten Schadens handelt.

Bei nur fahrlässigem Handeln besteht für das Organ und damit auch für die Gemeinde die Möglichkeit, die Haftung in zwei Fällen auszuschließen. Der eine ist der, daß der Geschädigte in Kenntnis des ihm zugefügten Schadens es schuld-

---

1) RG. 131/248; 140/428; JW. 1928/2449[15]; RGRK. § 839 Anm. 3; vgl. auch Schack, Ztschr. f. Beamt.-R., S. 74/75.
2) RGRK. § 839 Anm. 4.
3) Brand, § 23, S. 246.
4) A. A. Brand, § 23, S. 248 und die dort genannten Entscheidungen.

haft verabsäumt hat, anderweit Ersatz zu verlangen (§ 839 Abs. 1, S. 2)[1], während im anderen Fall der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig es unterlassen haben muß, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden (§ 839 Abs. 3 BGB.). Jedoch wird die „anderweitige Erlangung eines Ersatzes" für den dem Geschädigten durch eine falsche Auskunfterteilung wie auch durch einen in Überschreitung der Zuständigkeit verursachten Schaden praktisch ebensowenig in Betracht kommen wie „die Abwendung des aus diesen Amtspflichtverletzungen entstandenen Schadens durch Gebrauch eines Rechtsmittels". Zwar gibt das Gesetz in § 106 DGO. dem Betroffenen das Recht, bei Nichterfüllung einer der Gemeinde gesetzlich obliegenden öffentlichen Verpflichtung die Aufsichtsbehörde anzurufen[2], was auch unter den weiteren Begriff des Gebrauchs eines Rechtsmittels fallen würde, doch liegen diese Voraussetzungen bei den hier in Frage stehenden Fällen — nämlich Erteilung einer falschen Auskunft und Überschreitung der Zuständigkeit — nicht vor.

4. Die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung.

Eine weitere Möglichkeit, die Gemeinde für schuldhaftes Verhalten ihrer Organe und Vertreter in Anspruch zu nehmen, besteht in der Geltendmachung der Einrede wie der Gegeneinrede des arglistigen Verhaltens (exceptio doli generalis) oder der unzulässigen Rechtsausübung.

Diese Einrede ist keine im Gesetz ausdrücklich geregelte Norm, sondern stellt eine Beurteilung der gegenseitigen Beziehungen der Parteien unter dem Gesichtpunkt von Treu und Glauben dar[3]. Sie ist nicht schon dann begründet, wenn ein Beteiligter sich auf die Rechtsfolgen beruft, die ein Gesetz an die Nichteinhaltung besonderer Anforderungen knüpft[4]. Vielmehr muß nach den Umständen des Falles die gegenwärtige Geltendmachung der Rechtsunwirksamkeit mit Rücksicht auf

---

[1] RG. 145/258.
[2] Schattenfroh, § 106 Anm. 7.
[3] RG. in JW. 1938/1023.
[4] Vgl. RGRK. § 125 Anm. 1a.

ein früheres Verhalten des die Rechtsunwirksamkeit geltend machenden Teils gegen die guten Sitten oder gegen Treu und Glauben verstoßen[1], oder, allgemeiner ausgedrückt, die Lossagung vom Vertrage muß mit dem bisherigen Verhalten des betreffenden Teiles nach allgemeinem Rechtsempfinden unvereinbar sein[2].

Dabei ist jedoch Voraussetzung, daß das zur Rechtsunwirksamkeit führende Handeln schuldhaft — i. S. von § 276 BGB. — geschah, und durch dieses die andere Partei in einen Irrtum, — — der nicht auf arglistiger — also wider besseres Wissen erfolgter — Täuschung zu beruhen braucht — — versetzt wurde[3]. An dieser Voraussetzung fehlt es aber dann, wenn beide Teile bewußt oder unbewußt gegen die gesetzliche Vorschrift verstoßen und das Geschäft, wenn auch lange Zeit hindurch, als gültig behandelt haben[4].

Gegenüber der Berufung der Gemeinde auf die Unwirksamkeit ihrer Willenserklärung kann die Einrede der unzulässigen Rechtsausübung in zwei Fällen geltend gemacht werden. Der erste ist der, daß ein Gemeindeorgan, welches einen Beamten oder Angestellten nach § 35 Abs. 3 DGO. beauftragt hat, nach erfolgtem Widerruf des Vertretungsauftrages dem Vertragsgegner der Gemeinde schuldhaft davon keine Mitteilung gemacht und somit dessen Irrtum über die mangelnde Vertretungsbefugnis und folglich auch den rechtsunwirksamen Abschluß des Geschäfts herbeigeführt hat[5]. Im anderen Falle ist die exceptio doli begründet, wenn die für die Gemeinde auftretende Person bei der Abgabe einer formbedürftigen Verpflichtungserklärung — auf dem Gebiet des privaten wie des öffentlichen Rechts[6] — durch schuldhaftes Verhalten den Erklärungsgegner in den Irrtum versetzt oder den Irrtum unterhalten hat, daß die Innehaltung einer be-

---

[1] RG. in JW. 1936/1213 Ziff. 6, 1938/1721 Ziff. 11 RGRK. § 125 Anm. 1a.
[2] RG. in JW. 1938/1023.
[3] RG. 107/361 und 362.
[4] RG. 153/61 u. RG. in JW. 1938/1024; RGRK. § 125 Anm. 1a.
[5] Vgl. Schlempp, S. 34.
[6] Vgl. OVG. in JW. 1936/756 u. Rilk in JW. 1936/1827 u. S. 2511. A. A. RG. 113/81.

sonderen Form nicht notwendig sei und dadurch die Nichtigkeit der Erklärung verursacht hat[1].

Einer anderen Beurteilung unterliegt die Rechtslage jedoch dann, wenn es neben der notwendigen Form auch noch an der erforderlichen Genehmigung der Aufsichtsbehörde mangelt. In diesem Fall kann die Gemeinde „auch dann nicht in Anspruch genommen werden, wenn an sich nach den sonstigen Umständen die Ablehnung der Erfüllung gegen Treu und Glauben verstoßen würde“[2]. Denn die Nachprüfung besonders im Gesetz aufgeführter Willenserklärungen durch die Aufsichtsbehörde und deren Genehmigung ist im öffentlichen Interesse zum Schutze der Gemeinde vor unbedachten Willenserklärungen ihrer Organe und Vertreter angeordnet worden, so daß diesem entscheidenden Gesichtspunkt gegenüber auch der sonst grundlegende Gedanke von Treu und Glauben in den Beziehungen von Vertragsteilnehmern zurücktreten muß[3].

Ein Ausschluß der Arglisteinrede durch den bereits in den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung vorgesehenen Ausgleich für auftretende Unbilligkeiten, kommt nicht in Betracht. Denn die Ansprüche aus § 812 ff. sind anderen und teilweise weitergehenden Voraussetzungen unterworfen, haben aber auch andererseits eine beschränkte Wirkung als der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung[4].

5. Inhalt der Schadensersatzpflicht.

Steht fest, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen die Gemeinde haftet, so bleibt noch die Frage nach dem Inhalt der Schadensersatzpflicht, d. h. in welcher W e i s e und in welchem U m f a n g der entstehende Schaden zu ersetzen ist[5], zu erörtern. Dies richtet sich nach den §§ 249 bis 255 BGB.

---

[1]) Vgl. RG. in JW. 1936/1826 „Wer in einen Rechts- oder Geschäftsverkehr mit einem Kreise (Gemeinde) tritt, darf erwarten, daß die für den Kreis (Gemeinde) handelnden Beamten oder deren berufene Vertreter die gesetzlichen Grenzen ihrer eigenen Vertretungsmacht und die Form, in der rechtsverbindliche Urkunden für den Kreis (Gemeinde) auszustellen sind, kennen, und diese Vorschriften befolgen“.

[2]) RG in JW. 1938/1532.

[3]) RG. in JW. 1938/1533.

[4]) RG. in JW. 1938/1024.

[5]) Staudinger, Vorbem. zu § 249.

Der Schadensausgleich besteht in der Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, (sogen. Naturalrestitution, § 249 BGB). Eine Ausnahme von diesem Prinzip gilt jedoch für einen Ersatzanspruch aus § 839 BGB., Art. 131 RV., da § 839 BGB. keinen Anspruch auf Wiedergutmachung durch Vornahme oder Unterlassen von Amtshandlungen gibt[1]. Hat daher die Gemeinde wegen einer in Ausübung hoheitlicher Gewalt begangenen Amtspflichtverletzung einem Dritten einen Schadensersatz zu leisten, so kann dieser immer nur in einer Geldleistung bestehen (§ 251 BGB.)[2].

Die Ersatzpflicht besteht grundsätzlich in der Gewährung des Vertrauensinteresses, d. h. in der Ersetzung des Schadens, welcher dadurch entsteht, daß der Vertragsgegner auf die Gültigkeit der gemeindlichen Erklärung vertraut hat[3]. Nur in den Fällen, in welchen der Herstellungsgrundsatz des § 249 BGB. es verlangt, wird auch das Erfüllungsinteresse, d. h. das Vermögensinteresse, das der Anspruchsberechtigte an der Willenserklärung hat, zuzubilligen sein[4]. Dies trifft dann zu, wenn durch ein Verschulden der Gemeindeorgane oder -Vertreter das Zustandekommen des Vertrages — sei es wegen mangelnder Form oder fehlender Genehmigung — gehindert wurde, und der Vertragsgegner infolgedessen keinen vertraglichen Erfüllungsanspruch hat, so daß nach dem Grundsatz über die Schadenswiederherstellung er so zu stellen ist, als ob die Nichtigkeit nicht eingetreten wäre, und demzufolge der vertragliche Anspruch bestünde[5].

Das Gleiche gilt auch, wenn der sich auf die Nichtigkeit ihrer Erklärung berufenden Gemeinde die Einrede der allgemeinen Arglist entgegengesetzt werden kann. Die aus diesem Verhalten sich ergebende Pflicht zum Schadensersatz ist die Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn die Gemeinde sich auf die Nichtigkeit berufen könnte; d. h. aber, sie hat den Vertrag zu erfüllen[6].

---

1) RG. 150/143.
2) Vgl. auch Brand, § 23 S 259.
3) Staudinger § 122 Anm 9.
4) RGRK. § 276 Anm. 3; Staudinger, § 122 Anm. 9a.
5) RG. 97/399. 6) RG. 107/365.

Der Umfang der gemeindlichen Haftung kann jedoch durch ein mitwirkendes Verschulden des Geschädigten i. S. des § 254 BGB. derart vermindert werden, daß die Gemeinde nur für einen Teil des Schadens haftet oder eine Schadensersatzpflicht überhaupt entfällt, je nachdem, inwieweit der Schaden vorwiegend von der Gemeinde oder dem Geschädigten verursacht wurde[1]. Fehlt es daher an einem Kausalzusammenhang zwischen der Handlung des Geschädigten und dem Eintritt des Schadens, so kann § 254 BGB. nicht zur Anwendung gelangen[2].

Das Verschulden beurteilt sich nach dem allgemeinen Grundsatz des § 276 BGB.[3] und kann in vorsätzlichem wie auch fahrlässigem Handeln bestehen. Es braucht jedoch nur in der Person des Geschädigten vorzuliegen. Nicht erforderlich ist, daß auch den Haftbaren bei Begehung der Handlung ein Verschulden trifft[4]. Es genügt vielmehr, daß dieser für das schadenbringende Ereignis kraft Gesetzes oder auf Grund rechtsgeschäftlich übernommener Verpflichtung einzustehen hat[5].

Die Geltendmachung des Mitverschuldens steht der Gemeinde grundsätzlich gegenüber allen Ansprüchen zu, die ein Dritter gegen sie erhebt, sei es, daß diese rechtsgeschäftlichen[6] oder außervertraglichem[7] Handeln, privatrechtlichem oder hoheitlichem[8] Tätigwerden entspringen. Ist der Schaden durch vorsätzliches Handeln der gemeindlichen Organe oder Vertreter herbeigeführt worden, so wird in der Regel ein nur fahrlässiges Mitwirken des Gegners nicht geeignet sein, eine Minderung der Gemeindehaftung herbeizuführen[9]. Das Gleiche

---

[1]) Es muß jedoch immer noch eine Ersazpflicht bestehen. Entfällt eine solche, weil der Geschädigte es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden (§ 839 Abs. 3 BGB.) so kann § 254 BGB. keine Anwendung mehr finden. (RG. 126/87 und Brand, § 23 S. 255).

[2]) Staudinger, § 254 Anm. 1a.

[3]) Staudinger, § 254 Anm. 2a.

[4]) RG. 112/286.

[5]) RGRK. § 254 Anm. 1b.

[6]) Planck, § 254 Anm. 1.

[7]) RGRK. § 31 Anm. 2; Staudinger § 831 Anm. 1d.

[8]) Staudinger, § 839 Anm. 5b.

[9]) RG. 148/58; RGRK. § 254 Anm. 1a; JW. 1928/2436.

gilt auch bei arglistigem Verhalten. In diesem Fall wird vom arglistigen Teil die Einrede des Mitverschuldens nur dahin erhoben werden können, der Geschädigte habe ebenfalls arglistig, nicht aber, er habe fahrlässig gehandelt[1].

Dieser Grundsatz findet jedoch bei einer Haftung aus § 831 BGB. keine Anwendung. Denn § 831 BGB. stellt die Vermutung eines eigenen Verschuldens des Geschäftsherrn, nämlich der Gemeinde auf, so daß das arglistige Verhalten eines Verrichtungsgehilfen nicht als solches der Gemeinde angesehen werden kann. Wird daher die Gemeinde für arglistiges Verhalten ihrer Verrichtungsgehilfen (Vertreter) in Anspruch genommen, so kann sie dem Gegner auch die Einrede der fahrlässigen Mitverursachung entgegensetzen[2].

Praktisch wird jedoch in fast allen Fällen ein Mitverschulden des Geschädigten überhaupt nicht oder nur in ganz geringem Umfang in Betracht kommen, da der zu der Gemeinde in Rechtsbeziehungen tretende Dritte auf Grund des Vertrauens der Allgemeinheit gegenüber einer Behörde[3] erwarten darf, daß die für die Gemeinde Handelnden die Grenzen ihrer eigenen Vertretungsmacht, die Form, in der Erklärungen für die Gemeinde auszustellen sind, und die sonstigen für den Rechtsverkehr der Gemeinde geltenden gesetzlichen Vorschriften (z. B. über die Genehmigung) kennen, und sie auch befolgen[4]. Es würde eine „Überspannung der Vertragspflichten" bedeuten, wenn der Vertragsgegner der Gemeinde „in jedem einzelnen Fall Fragen stellen und nötigenfalls darüber hinaus noch Feststellungen treffen müßte" ob der Handelnde die Grenzen seiner Zuständigkeit innehält, ob eine Erklärung der Gemeinde formbedürftig ist oder vielleicht der laufenden Verwaltung angehört, oder aber das Geschäft dem Genehmigungszwang unterworfen ist[5].

---

[1] Planck, § 125 Anm. 3b.
[2] RG. 157/233.
[3] OVG. in JW. 36/756.
[4] RG. in JW. 1936/1826.
[5] A. A. Janberg, in: Die Landgemeinde, 1936 S. 122 u. Oesterling, RVBl. Nr. 56, S. 918, welche diese damit begründen, daß in Anbetracht der einfachen und für das ganze Reichsgebiet einheitlichen Regelung (der Formvorschriften) die Auffassung des Reichsgerichts nicht mehr aufrechtzuerhal-

6. Haftung aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung.

Hat die Überschreitung oder ein Mißbrauch der Vertretungsmacht, die Außerachtlassung zwingender Formvorschriften oder eine Versagung oder Nichteinhaltung der aufsichtsbehördlichen Genehmigung die Nichtigkeit eines zwischen der Gemeinde und deren Vertragsgegner abgeschlossenen Rechtsgeschäfts zur Folge, und hat der Vertragsgegner auf Grund dieses Geschäfts bereits eine Leistung erbracht, so ergeben sich daraus, auch ohne daß ein Verschulden seitens der Gemeinde oder ihrer Organe und Vertreter oder eine zum Schadensersatz verpflichtende Handlung vorzuliegen braucht, Ansprüche gegen die Gemeinde auf Herausgabe des Erlangten aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung.

Voraussetzung für einen Anspruch aus § 812 ff. BGB. ist, daß die Nichtigkeit das Grundgeschäft und nur dieses betrifft, — also z. B. den Kaufvertrag, Mietvertrag, Werkvertrag usw. — und das Erfüllungsgeschäft unberührt läßt. Umfaßt aber die Nichtigkeit außer dem Grundgeschäft auch das Erfüllungsgeschäft (die Übereignung des gekauften Gegenstandes), was grundsätzlich nicht der Fall ist[1]), ausnahmsweise jedoch dann zutrifft[2]), wenn die Parteien das Erfüllungsgeschäft von der Rechtsbeständigkeit des Grundgeschäfts selbst haben abhängig machen wollen[3]), wenn der Nichtigkeitsgrund dem obligatorischen wie auch dem Erfüllungsgeschäft anhaftet,
wenn das nichtige Schuldverhältnis und das Leistungsgeschäft zusammenfallen und
wenn der gleiche Willensmangel dem Verpflichtungs- wie auch

(Schluß der Fußnote 5 von voriger Seite).
ten sei. Diese Meinungen stammen jedoch aus dem Jahre 1935/36, als noch nicht durch § 3 der 2. DVO. die Begriffe des „Geschäfts der laufenden Verwaltung" und „geldlich von nicht erheblicher Bedeutung" eingeführt waren, die für die Beurteilung der Frage, ob eine Willenserklärung der Gemeinde formbedürftig sei oder nicht, neue Schwierigkeiten brachten, die zu erkennen für einen Außenstehenden schier unmöglich sind. Durch die Angleichung der Rechtslage an den vor dem Erlaß der DGO. bestehenden Zustand hat aber die hier in Bezug genommene RG.-Entscheidung Bd. 104/195 wieder ihre alte Bedeutung erlangt.

[1]) RGRK. § 125 Anm. 1c.
[2]) RGRK. § 125 Anm. 1c.
[3]) So bei genehmigungspflichtigen Geschäften.

dem Verfügungsgeschäft anhaftet[1]), so fehlt es an den Voraussetzungen des § 812 BGB.; die Gemeinde hat nichts „erhalten". In diesem Falle bestimmen sich die Ansprüche des gemeindlichen Vertragsgegners nicht nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung, sondern nach den dafür besonders geltenden Bestimmungen des § 985 ff. BGB. — bei Übereignung von Sachen — und denen des § 894 ff. BGB. — bei Grundstücken[2]).

Ein Anspruch aus § 812 entfällt jedoch dann, wenn der Vertragsgegner von der Nichtigkeit des Geschäfts und damit auch davon Kenntnis hatte, daß er zu einer Leistung nicht verpflichtet war (§ 814 BGB.)[3]). Da nur positive Kenntnis, nicht auch das Kennenmüssen, — selbst wenn es auf grober Fahrlässigkeit beruht — notwendig ist[4]), um den Rückforderungsanspruch auszuschließen, und selbst die positive Kenntnis dann ohne Bedeutung ist, wenn die Leistung in der Erwartung freiwilliger (durch die Gemeinde zugesicherte) Erfüllung erbracht wurde und diese Erwartung fehlschlägt[5]), so wird praktisch eine Berufung der Gemeinde auf die Vorschrift des § 814 BGB. nur in den seltensten Fällen Erfolg haben.

Grundsätzlich bezieht sich die Verpflichtung zur Herausgabe auf das Erlangte und die gezogenen Nutzungen (§ 818 BGB.). Ist jedoch wegen Beschaffenheit des Erlangten eine Herausgabe nicht möglich, (z. B. die auf Grund nichtigen Anstellungsvertrages geleisteten Dienste), so hat die Gemeinde den Wert — die im Anstellungsvertrag vereinbarte Vergütung[6]) — zu ersetzen. Immer bleibt jedoch die Herausgabe oder der Wertersatz auf die Bereicherung beschränkt. Wann dies der Fall ist, bestimmt sich nach dem Ergebnis einer Vergleichung der Vermögenslage der Gemeinde zur Zeit des Empfanges der Leistung und der Rechtshängigkeit des Berei-

---

[1]) Beispielsweise bei mangelnder Vertretungsmacht.

[2]) RGRK. § 125 Anm. 1b.

[3]) Ebenso kommen auch die §§ 815 und 817 BGB. bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen zur Anwendung.

[4]) RGRK. § 814 Anm. 1.

[5]) RGRK. § 814 Anm. 1; Janberg, Die Landgem. 36/122.

[6]) RGRK. § 818 Anm. 6.

cherungsanspruches, wobei für den Vergleich derjenige Vermögensstand maßgebend ist, der sich „unter Abwägung der Leistung und Gegenleistung und der durch sie erwachsenen Vorteile und Nachteile als wirtschaftlicher Gesamterfolg ergibt“[1].

7. Mithaftung der Organe und Vertreter.

Die Haftung der Gemeinde für die von ihren Organen und Vertretern begangenen, zum Schadensersatz verpflichtenden Handlungen, schließt eine gleichzeitige Haftung dieser Personen als Gesamtschuldner nicht aus. Das gilt dann, wenn eine Organhandlung neben den Voraussetzungen des § 31 BGB. auch die einer unerlaubten Handlung erfüllt, wenn eine nach § 831 BGB. zum Schadensersatz verpflichtende Handlung eines Vertreters (Erfüllungsgehilfen) sowohl widerrechtlich wie auch schuldhaft begangen wird[2] und wenn ein Beamter eine Amtspflichtverletzung nicht nur in Ausübung öffentlicher Gewalt sondern auch in Ausführung privatrechtlicher Verrichtungen begeht[3]. Fällt ihm bei der privatrechtlichen Verrichtung nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann der Beamte den Anspruchsberechtigten auf die Mithaftung der Gemeinde verweisen (§ 839 Abs. 1 S. 2).

8. Eigene Haftung der handelnden Personen.

Entfällt überhaupt eine Haftung der Gemeinde, weil ihre Organe oder Vertreter ohne Vertretungsmacht gehandelt haben, oder weil es an gesetzlichen, die gemeindliche Verantwortung begründenden Voraussetzungen fehlt, so haften die handelnden Personen selbst.

Eine Verantwortung aus dem Gesichtspunkt der Vertretung ohne Vertretungsmacht[4] trifft die Organe

---

[1] RGRK. § 818 Anm. 7.
[2] RGRK. § 840 Anm. 6.
[3] RGRK. § 421 Anm. 1b.
[4] Darüber, wann Organe und Vertreter der Gemeinde als Vertreter ohne Vertretungsmacht anzusehen sind, vgl. die Ausführungen S. 14.

wie auch die Vertreter der Gemeinde, da § 179 BGB. gleichwohl auf angeblich gesetzliche wie angeblich gewillkürte Stellvertreter Anwendung findet[1]). Sie sind dem Geschäftsgegner nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatz verpflichtet, wenn dem von ihnen geschlossenen Vertrag die Genehmigung durch die Gemeinde versagt wird. Sofern der Anspruchsberechtigte Erfüllung verlangt, ist ihm jene Rechtsstellung einzuräumen, welche ihm zustünde, wenn die Wirkung des Vertrages eingetreten wäre[2]). Würde aber der ohne Vertretungsmacht geschlossene Vertrag auch bei Vorhandensein der Vertretungsmacht nichtig sein — z. B. weil es an der notwendigen Form mangelt, — so besteht kein Anspruch auf Erfüllung. Es kann jedoch in analoger Anwendung des § 179 BGB. ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses gegeben sein[3]). Macht der Geschäftsgegner einen Schadensersatzanspruch geltend, so kann er sowohl das Vertrauensinteresse wie auch das Erfüllungsinteresse fordern[4]).

Eine Einschränkung der Haftung auf das Vertrauensinteresse, höchstens aber das Erfüllungsinteresse tritt dann ein, wenn der Handelnde in Unkenntnis die Vertretung für bestehend hielt (§ 179 Abs. 2), es sei denn, daß er trotz Unkenntnis ausdrücklich eine Gewährleistung für das Bestehen seiner Vertretungsmacht dem Geschäftsgegner gegenüber übernommen hat[5]). Kannte der anspruchsberechtigte Dritte den Mangel der Vertretungsmacht oder hat er ihn kennen müssen, so entfällt überhaupt jede Haftung des „Vertreters". Das Gleiche gilt für den Fall, daß bei Abgabe einer einseitigen Willenserklärung (z. B. Kündigung von Geschäftsräumen), die grundsätzlich nichtig ist, der Geschäftsgegner den Mangel der Vertretung kannte. Hat er nur die Erklärung des Handelnden, er habe Vertretungsmacht, nicht beanstandet, so richtet sich die Haftung des „Vertreters" nach § 179 Abs. 1 und 2 BGB.

---

[1]) RGRK. § 179 Anm. 1.
[2]) Staudinger, § 179 Anm. 14.
[3]) RG. 145/43.
[4]) Staudinger, § 179 Anm. 15.
[5]) Staudinger, § 179 Anm. 19.

Haben Organe oder Vertreter außerhalb des Rahmens ihrer Zuständigkeit oder Vollmacht bei Abschluß eines Vertrages schuldhaft den Vertragsgegner der Gemeinde geschädigt, so haften sie selbst für culpa in contrahendo[1].

Die eigene Haftung tritt auch dann ein, wenn die für die Gemeinde Handelnden schuldhaft und widerrechtlich (§ 823 BGB.) oder in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise (§ 826 BGB.) einem Dritten Schaden zugefügt haben und die Haftung der Gemeinde deshalb nicht in Frage kommt, weil es an den gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 31 oder 831 BGB. fehlt, also beispielsweise der Schaden nicht „in Ausführung", sondern nur „bei Gelegenheit" einer (zustehenden) Verrichtung entstanden ist[2]. Hat ein Beamter nicht in Ausübung öffentlicher Gewalt eine Amtspflicht verletzt, so haftet nach § 839 BGB. er selbst und nicht die Gemeinde. Doch tritt die Haftung nicht ein, wenn der Geschädigte es schuldhaft unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden (§ 839 Abs. 3 BGB.). Darüber hinaus ist aber in allen Fällen eine Minderung oder der Ausschluß einer Haftung nach § 254 BGB. dann möglich, wenn dem Anspruchsberechtigten selbst mitwirkendes Verschulden[3] zur Last fällt.

[1] Stoll, JW. 1928/1286.
[2] Staudinger, § 831 Anm. 24 und § 831 Anm. 3b.
[3] Vgl. die Ausführungen S. 64—65.

Lebenslauf.

Am 15. September 1911 wurde ich als Sohn des Oberingenieurs Matthias Grosdidier in Gleiwitz geboren. Daselbst besuchte ich auch die Vorschule und anschließend die Oberrealschule. Ostern 1931 bestand ich an dieser Anstalt die Reifeprüfung.

Mein juristisches Studium begann ich im Jahre 1931 in Genf und setzte es 1931/32 in Paris fort. Von 1932 bis 1934 studierte ich an der Universität Breslau und bestand nach sieben Semestern, im Februar 1935, vor dem Prüfungsamt des Oberlandesgerichts die erste juristische Staatsprüfung.

Nach meiner Ernennung zum Gerichtsreferendar war ich an den Gerichten in Lähn, Kreis Löwenberg, Hirschberg i. R. und Gleiwitz, am Oberlandesgericht in Breslau und in der Verwaltungsstation an der deutschen Handelskammer für Italien in Mailand im Ausbildungsdienst tätig. Im April 1939 bestand ich vor dem Reichsjustizprüfungsamt mein Assessor-Examen und am 27. September 1939 an der Universität Breslau die mündliche Doktorprüfung.